

Revista de la Facultad de Derecho

Año 2022-2023. N° 76

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° 76.
Año 2022-2023
ISSN: 0255-5328 / ISSN-E: 2790-5152
Fundada en el año 1965
DIRECTOR

JOSE IGNACIO HERNANDEZ

SUB DIRECTOR-EDITOR

JAIBER ALBERTO NÚÑEZ URDANETA

ASISTENTE DE EDICIÓN

VANESSA MARCANO MACHADO

CONSEJO EDITORIAL

Jesús María Casal	Gerardo Fernández
María Virginia Alarcón	José Valentín González
María Lidia Álvarez Chamosa	Rosnell Carrasco
Ninoska Rodríguez	Andrea Salima
Aura Yanesky Lehmann	Anselmo Coelho
Eduardo Trujillo	
Benigno Alarcón	
César Augusto Carballo	
Marcos Carrillo	
Alfredo Abou-Hassan	
Carlos Blanco	

CONSEJO DE REDACCIÓN

Aiskel Andrade	Enrique Urdaneta Fontiveros	Luis Aquiles Mejias	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 Henríque 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

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

Depósito Legal: lf196502DF289 / Depósito Legal Versión Electrónica: DC2018000268

Dirección para el envío de correspondencia y canje:

rfderecho@gmail.com

Correos electrónicos para el envío de trabajos:

rfderecho@gmail.com

Diseño y Producción: **abediciones**

Diagramación: Isabel Valdivieso

Diseño de portada: Isabel Valdivieso

Venta: **abediciones**

Canje y donación: **abediciones**

Índice

Editorial.....pág. 04

Doctrina

¿Es necesario en un juicio la ratificación de los documentos privados emanados de terceros?

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez.....pág. 09

¿Efectos psicológicos y sociológicos en la Venezuela del siglo XXI?

Andrea Rondón y Nasly Ustáriz.....pág. 44

La privatización de las pensiones en Latinoamérica: ¿Solución o profundización de los problemas?

Diego Thomas Castagnino.....pág. 77

Venezuelan tax treaty policy on individuals non-business active income

Ignacio Andrade, Oriana Rosas Eleana Salazar, Andrés Tagliaferro Juan Velutini.....pág. 95

La privatización del deporte: un derecho humano convertido en una empresa

Daniel Pérez Pereda.....pág. 161

Observaciones a las superintendencias como tipo organizativo en Venezuela

Jean-Denis Rosales Gutiérrez.....pág. 174

La declaración del impuesto sobre las actividades económicas y la sustitutiva impropia pretendida en la Reforma de la ordenanza del Municipio Angostura de Orinoco de 2022

Julio Díaz Valdez.....pág. 213

Protección al trabajo y los procedimientos de crisis establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure.....pág. 239

La simulación y el fraude procesal como elementos convergentes en un proceso de defraudación económica

Anibal Ruiz y Olga Molano.....pág. 248

Contribuciones estudiantiles

Reconocimiento de los Migrantes y Refugiados por causas climáticas en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Andrea Salima y Beatriz Tirado.....pág. 292

El Derecho a la fiel interpretación de la constitución y una mirada hacia el originalismo

Anselmo Coelho.....pág. 311

Crónica de la Facultad de Derecho.....pág. 338

Normas para presentación de artículos para la Revista de la Facultad de Derecho-UCAB.....pág. 387

La edición N° 76 de la Revista de la Facultad de Derecho, cuenta con diez artículos, ocho de ellos escritos por destacados profesionales del derecho, junto con dos notorias contribuciones estudiantiles.

El primer artículo de esta edición N° 76 de la Revista, escrito el profesor y antiguo Decano de nuestra Facultad, Salvador R. Yannuzzi Rodríguez, se titula *¿Es necesario en un juicio la ratificación de los documentos privados emanados de tercero?* En este sentido, el autor plantea que a pesar de que la norma del Código de Procedimiento Civil parece ser clara al respecto, vale la pena preguntarse si se pueden establecer excepciones a esa regla.

En segundo lugar, las profesoras Andrea Rondón y Nasly Ustariz firman conjuntamente el artículo titulado *“Efectos psicológicos y sociológicos en la Venezuela del Siglo XXI”*. Este artículo busca explicar la situación de actual de Venezuela a través del análisis de lo que las autoras denominan como una política sistemática de destrucción del país, mediante la adopción de medidas que afectan en lo económico, político, jurídico, social y cultural; y por otra parte, cómo ello ha llevado a la degradación de los seres humanos, planteando patrones de conducta contrarios a la institucionalidad y al respeto de la individualidad.

En tercer lugar, el artículo titulado *“La privatización de las pensiones en Latinoamérica: ¿Solución o profundización de los problemas?”* cuyo autor es el profesor Diego Thomas Castagnino, parte de la idea de que la denominada como “crisis de la vejez”, ocurrida entre 1981 y 2014, motivo a que (30) treinta países decidieran privatizar sus sistemas de pensiones, pero que para el año 2018, unos (18) dieciocho de esos países han revertido las privatizaciones, razón por la cual, el autor pretende enunciar los motivos que impulsaron a los países a privatizar y las causas que los llevaron a tomar la decisión de revertir el proceso, con el objeto de determinar si la privatización de las pensiones ha resultado ser una solución a los problemas asociados a la gestión pública, o si, por el contrario, ha profundizado los problemas, resultando ser un retroceso, afectando el bienestar y comprometiendo el futuro de los pensionados.

En cuarto lugar, se ubica el artículo en idioma inglés titulado *“Venezuelan tax treaty policy on individuals non-business active income”* escrito por los autores Ignacio Andrade; Oriana Rosas

Eleana Salazar; Andrés Tagliaferro y Juan Velutini enfocado en la investigación empírica de los tratados para evitar la doble tributación, analizando para ello, la atribución del poder tributario sobre las rentas activas no empresariales (i.e., salarios, pensiones, honorarios de directores, ingresos de artistas y deportistas, estudiantes, profesores, y miembros de cuerpos diplomáticos).

En quinto lugar, se encuentra el artículo titulado *“La privatización del deporte: un derecho humano convertido en una empresa”*, cuyo autor es el profesor Daniel Pérez Pereda, quien parte de la idea de que en el caso del deporte, si bien existe consenso en la mayoría de los países a la hora de reconocerlo como un derecho humano fundamental, en algunos Estados no se cuentan con los elementos económicos que le permitan afrontar adecuadamente el emprendimiento deportivo, la administración, organización del deporte ni de la actividad deportiva, lo cual representa una oportunidad para que las empresas privadas se involucren tanto en los deportistas como en la investigación y desarrollo deportivo.

En sexto lugar, el artículo titulado *“Observaciones a las superintendencias como tipo organizativo en Venezuela”* del autor Jean-Denis Rosales Gutiérrez persigue como objetivo revisar la “tipología” de las Superintendencias, a través de la figura de las administraciones autónomas o independientes, que en el Derecho Comparado funcionan como autoridades reguladoras de sectores económicos fuertemente regulados, ya que según el autor, las Superintendencias no poseen una conceptualización clara y sistemática, lo que ha llevado a la situación en el caso venezolano de que las telecomunicaciones son tratadas por una Comisión Nacional definida como Instituto Autónomo; el sector bancario, asegurador, valores y mutuales por superintendencia, entre otras.

En séptimo lugar, se ubica el artículo titulado *“La declaración del impuesto sobre las actividades económicas y la sustitutiva impropia pretendida en la Reforma de la ordenanza del Municipio Angostura de Orinoco de 2022”*, a través del cual su autor, el profesor Julio Díaz Valdez pretende demostrar que la declaración del impuesto sobre las actividades económicas es un acto propio del sujeto pasivo, de modo que en palabras del autor, cualquier modificación pretendida por la Administración Tributaria con prescindencia de los procedimientos administrativos establecidos en la Ley debe ser asumida violatoria de los derechos del contribuyente.

En octavo lugar, los autores Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure presentan el artículo titulado *“Protección al trabajo y los procedimientos de crisis establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras”*, cuyo objetivo principal consiste en analizar, desde los postulados constitucionales establecidos en el artículo 87 y 89 el texto constitucional, el contenido y alcance como derecho y como deber del trabajo y su protección oficial por parte del Estado, destacando en palabras de los autores, que la principal responsabilidad de los trabajadores y empleadores es el resguardo de la fuente de empleo y por ende el hecho social trabajo.

En noveno lugar, Anibal Ruiz y Olga Molano son autores del artículo titulado *“La simulación y el fraude procesal como elementos convergentes en un proceso de defraudación económica”* cuyo objetivo es demostrar la relación existente entre un acuerdo simulado, un negocio y un proceso de defraudación patrimonial, en la cual la mala fe, el dolo de los participantes y sus aliados, son imprescindibles para que se den los acuerdos de voluntades necesarios para causarle un perjuicio a un tercero o a terceros, víctimas de esos procesos.

Inaugurando la sección de contribuciones estudiantiles de la presente edición de la Revista de la Facultad de Derecho se encuentra el artículo titulado *“Reconocimiento de los Migrantes y Refugiados por causas climáticas en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”* firmado conjuntamente por las estudiantes Andrea Salima y Beatriz Tirado, el cual nos acerca a la diatriba de qué sucede con aquellas personas que por razones climáticas son forzadas a desplazarse permanentemente de su país de origen. Asumiendo para ello el término “refugiado climático” cuyo reconocimiento se encuentra actualmente en discusión a nivel internacional. En este sentido las autoras, reflexionan sobre qué protecciones deben tener estas personas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos de los migrantes.

Finalmente, el estudiante Anselmo Coelho, presenta un artículo titulado *“El Derecho a la Fiel Interpretación de la Constitución y una mirada hacia el Originalismo”*, en el cual el autor parte de la sugerente idea de que en la actualidad no se puede omitir el papel preponderante de los jueces constitucionales en la aplicación de las normas constitucionales, razón por la cual, resulta necesario avanzar en el reconocimiento del derecho a la fiel interpretación constitucional, como un derecho humano, de un modo que el autor estima prudente analizar como alternativa de solución, la

aproximación originalista, que tiene por norte la búsqueda del significado que se fijó de forma soberana en el momento de adopción de la Constitución.

Para finalizar, el equipo editorial de la Revista de la Facultad de Derecho agradece sinceramente por todo el apoyo brindado a esta edición, a los autores, a los árbitros revisores, a las distintas dependencias de la Facultad de Derecho y a las unidades de apoyo administrativo y académico dentro de la UCAB, cuya articulación hace posible año tras año la publicación de un nuevo número de nuestra apreciada Revista de la Facultad de Derecho.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

¿ES NECESARIO EN UN JUICIO LA RATIFICACION DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS EMANADOS DE TERCEROS?

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez

Profesor emérito 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

En el Código de Procedimiento Civil existe una norma que establece la necesidad de ratificar, mediante la prueba de testigos, los documentos privados emanados de terceros que no sean parte en el juicio ni causantes de las partes. No obstante que la norma parece ser precisa, nos preguntamos si, siempre, habrá la necesidad de ratificar todos los documentos privados originados por terceros, ajenos al juicio en los que se pretendan hacer valer o si se pueden establecer excepciones a esa regla.

Palabras clave: documento privado, autoría, ratificación, terceros.

IS THE RATIFICATION OF PRIVATE DOCUMENTS EMANATED BY THIRD PARTIES NECESSARY IN A TRIAL?

Abstract

In the Code of Civil Procedure there is a norm that establishes the need to ratify, through witness evidence, private documents issued by third parties who are not parties to the lawsuit or the cause of the parties. Although the rule seems to be precise, we wonder if there will always be a need to ratify all private documents originated by third parties, unrelated to the trial in which they are intended to be asserted or if exceptions to that rule can be established.

Keywords: private document, authorship, ratification, thrid parties

INTRODUCCIÓN

Al referirnos al documento como prueba debemos indicar que nuestro Código Civil lo denomina “instrumento”, por lo que debe observarse que doctrinariamente se hace una distinción entre ambos vocablos y se considera que la palabra “documento” es el género, mientras que “instrumento” es la especie. Por ello, cuando se hace referencia al documento, es todo aquello que conste por escrito o sea representativo; en cambio el instrumento correspondería al escrito que contiene una manifestación o acto que debe surtir efectos jurídicos.

La doctrina autoral venezolana tanto la decimonónica como la novecentista, consideraban que ambos vocablos eran sinónimos, y que podían utilizarse indistintamente e, inclusive, podían agregarse otras expresiones que tenían un significado equivalente, tales como la palabra “escritura”. Obviamente, que los comentaristas de la época hacían esas afirmaciones debido a que los documentos necesariamente debían ser escritos, ya que, aunque existía la máquina de escribir su uso era muy limitado, pero en todo caso lo que se podía producir con ella era un documento escrito. Lo propio ocurría con la fotografía y con los planos y mapas, que eran catalogados como tales y no como documentos por no ser escritos, aunque fueran representativos.

El Diccionario de la lengua española en la quinta acepción del vocablo “instrumento” lo define como “escritura, papel o documento con que se justifica o prueba algo”,¹ por lo que estimamos que no sería la locución más feliz para referirse a la prueba documental, habida cuenta que, previamente, el diccionario prioriza sus otras acepciones; mientras que el mismo diccionario al referirse al vocablo “documento”, aunque contiene diversos significados, se refiere -en particular- a diversas categorías de documentos, a saber: a) documento auténtico, como aquel que está autorizado o legalizado; b) documento privado, además de conceptualizarlo, expresa sus efectos, e indica lo siguiente: el que está autorizado por las partes interesadas, pero no por funcionario competente, es prueba a favor de quien escribe o sus herederos; c) documento público, el que está autorizado por funcionario competente para ello, acredita los hechos que refiere y su fecha.²

¹ Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/instrumento>. Consulta realizada el 13 de agosto de 2022.

² Ibidem.

Aunque son enunciaciones muy básicas y, en nuestro criterio, imprecisas desde el punto de vista jurídico; pueden servir para indicar una diferenciación entre dichas categorías. Para los efectos del presente trabajo, nos interesa referirnos al documento privado, habida cuenta que en su formación no interviene funcionario alguno, tal como lo indica el Diccionario, pero los efectos no son necesariamente los que expresa el Diccionario que anteriormente hemos transcrito. La selección de este tipo de documento es por la referencia que de él hace el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, el que utiliza el vocablo “documento”.³

En efecto, dispone el citado artículo 431 lo siguiente: “Los documentos privados emanados de terceros que no son parte en el juicio ni causantes de las mismas, deberán ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial”, lo que ha sido interpretado literalmente por la doctrina autoral y jurisprudencial, con pocas excepciones, por lo que al documento privado emanado de terceros, que no sea parte en el juicio en el que se pretende valer, se le ha negado eficacia si no ha sido ratificado por el autor del documento.

El mencionado enfoque viene dado porque desentrañando textualmente la norma pareciera que esa interpretación es correcta; sin embargo, nos preguntamos, siempre debe asumirse esa orientación, ¿habrá alguna excepción?, es decir, pudieran existir casos en que los documentos emanados de terceros ajenos al juicio se les pueda considerar idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, aunque no hayan sido objeto de ratificación por su autor, mediante la prueba de testigos, como exige la norma.

Vamos a tratar de dar respuesta a esta interrogante.

1. ¿Qué es un documento?

Nuestro Código Civil no contempla una definición del documento, simplemente se limita a indicar los efectos que produce el documento, por lo que el artículo 1.355 del Código Civil dispone lo siguiente: “El instrumento redactado por las partes y contentivo de sus convenciones es sólo un medio probatorio; su validez o su nulidad no tiene ninguna influencia sobre la validez del hecho

³ El Código de Procedimiento Civil no es uniforme en el uso de los vocablos “documento” e “instrumento, ya que los usa indistintamente, así tenemos que en los artículos 431, 433, 436, 437 se utiliza el vocablo documento; mientras que en los artículos 429, 430, 434, 435, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 447, 448, utiliza el vocablo “instrumento”, y en las respectivas secciones se refiere a la tacha de instrumentos y reconocimiento de instrumentos.

jurídico que está destinado a probar, salvo los casos en que el instrumento se requiera como solemnidad del acto”. Seguidamente el artículo 1.356 eiusdem, lo señala como medio de prueba y su texto es del tenor siguiente: “La prueba por escrito resulta de un instrumento público o de un instrumento privado”, este último es el que está conectado con el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente el indicado Código Civil al referirse al “instrumento privado”, indica el valor probatorio que debe atribuírsele, una vez que ha intervenido un funcionario, no en su formación sino para acreditar su autoría. En efecto el artículo 1.363 eiusdem dispone lo siguiente: “El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones”. Es decir, la eficacia del instrumento privado está supeditada a la intervención activa o pasiva del funcionario competente para acreditar al autor de ese documento, bien por haber identificado a los otorgantes en el acto del reconocimiento, o por acreditarse la autoría ante el funcionario judicial (juez) en el proceso en que se ha promovido el documento privado, que, aunque no haya sido reconocido expresamente, no fue impugnado por aquel a quien se le opuso atribuyéndole ser su autor, hipótesis que contempla el artículo 1.364 eiusdem al establecer lo siguiente: “Aquél contra quien se produce o a quien se exige el reconocimiento de un instrumento privado, está obligado a reconocerlo o negarlo formalmente. Si no lo hiciere, se tendrá igualmente como reconocido”, norma que debe concatenarse con lo dispuesto en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil.⁴ En ambas disposiciones se regula el último supuesto, que corresponde a la pasividad de aquel a quien se le opone el documento, que conlleva a que se le impute la autoría, aunque no lo haya realizado.

El documento por su propia naturaleza hace alusión a una creación humana, ya que siempre va a contener una manifestación del pensamiento, independientemente de la clasificación en que pueda ubicársele y del soporte que lo contenga. En ese esquema podemos traer a colación diversas

⁴ El artículo 444 del Código de Procedimiento Civil estipula lo siguiente: “La parte contra quien se produzca en juicio un instrumento privado como emanado de ella o de algún causante suyo, deberá manifestar formalmente si lo reconoce o lo niega, ya en el acto de la contestación de la demanda, si el instrumento se ha producido con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes a aquél en que ha sido producido, cuando lo fuere posteriormente a dicho acto. El silencio de la parte a este respecto, dará por reconocido el instrumento”.

definiciones de documentos. Carnelutti establece que es una cosa representativa, o sea capaz de simbolizar un hecho, por lo que afirma que “la representación es fruto de la voluntad, y por eso, obra del hombre; solo el hombre puede imprimir a una cosa la virtud representativa”, e indica que “Documento, en sentido etimológico, es una cosa que docet, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo)”.⁵

Por su parte Devís Echandía, expresa que documento es “toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”⁶ Continúa Devis refiriéndose al contenido del documento y expresa que “puede ser declarativo – representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados; pero puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías. Por tanto, el documento no es siempre un escrito”.⁷ Más adelante, el citado doctrinario expresa que “la inmensa mayoría de los autores, tanto civilistas como penalistas, se deciden por la tesis que nosotros [Devis] defendemos y consideran el documento como un objeto susceptible de percepción visual, que representa un hecho y tiene, por esto mismo, significación probatoria”.⁸

Para Antonio Parra Quijano, documento “es cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano”;⁹ mientras que Carlos Viada y Pedro Aragoneses indican que documento es todo “objeto físico susceptible de ser llevado a la presencia del juez”.¹⁰

⁵ CARNELUTTI, F. Sistema de Derecho Procesal Civil. Traducción Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo. Unión Tipográfica Editorial HispanoAmericana. Buenos Aires. Tomo II. Pág. 406.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, H. Teoría General de la Prueba Judicial. Víctor P. De Zavalía – Editor. Buenos Aires. 1981. Tomo II. Pág. 486

⁷ Ibidem.

⁸ Ídem. Pág. 491

⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Sexta edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1996. Pág. 281.

¹⁰ VIADA, C. – ARAGONESES, P. Curso de derecho procesal penal. Madrid 1968. Tomo I. Pág. 385.

Ahora bien, ¿qué es el documento privado? Aunque el documento privado no difiere de los enfoques expresados por los autores que nos hemos permitido citar, podemos afirmar que es aquel redactado por particulares, sin intervención de ningún funcionario público que le de fe o autoridad. Como hemos señalado, posteriormente el documento puede adquirir autenticidad expresa o tácitamente, lo que no modifica su naturaleza, sino que va a tener una eficacia probatoria similar al del documento público, de conformidad con las disposiciones legales.¹¹ Brewer Carías, para conceptualizarlo, toma una definición de la entonces Corte Federal y de Casación, y define al documento privado de la manera siguiente: “Con el nombre. de instrumentos o documentos privados se comprenden todos los actos o escritos que emanan de las partes, sin intervención del registrador, el juez o de otro funcionario público competente y que se refieren a hechos jurídicos a los cuales pueden servir de prueba”.¹²

A este documento, es decir, al privado, es al que se refiere el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

2. ¿Por qué un documento emanado de un tercero que no sea parte en el juicio puede ser relevante en este?

Ante la pregunta que se formula, obviamente que, ingresamos en el mundo de la casuística, habida cuenta que puede haber diversos supuestos en lo que se haga necesario aportar documentos emanados de terceros que no sean parte del juicio a los fines de comprobar el cumplimiento de obligaciones asumidas por los litigantes. Veamos algunos ejemplos.

- a) Imaginemos un juicio cuya pretensión sea la exigencia del pago de daños materiales causados por el demandado a un vehículo propiedad del demandante que se encontraba estacionado, y que el causante del daño se dio a la fuga. Logran ubicar al responsable por haber captado el

¹¹ El artículo 1.363 del Código Civil, es del tenor siguiente: “El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones”.

¹² BREWER CARIAS, A. Consideraciones acerca de la distinción entre el documento público o auténtico, documento privado reconocido o autenticado y documento registrado. En Revista No. 23 de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Pág. 365.

Nótese que en la definición transcrita el Alto Tribunal de la República utiliza los vocablos instrumento y documento como sinónimos.

hecho las cámaras de seguridad instaladas en el lugar en que estaba aparcado el automóvil. El coche solamente estaba asegurado por responsabilidad civil. La ocupación del demandante es el transporte privado de personas, por lo que previamente a la demanda, había ordenado reparar el vehículo en un taller especializado en la marca del automóvil, lo que consideraba necesario dado que por la utilización del vehículo debe estar en óptimas condiciones de presentación. El taller, una vez concluida la reparación, le entregó la correspondiente factura, pero mientras se hacía la reparación el propietario del vehículo para atender compromisos asumidos tuvo que rentar uno igual, para lo cual se suscribió el respectivo contrato con la empresa arrendadora de automóviles, y al concluir el contrato le entregó al contratante el respectivo recibo por el importe del alquiler. Obviamente, ambos recibos son absolutamente relevantes para el juicio, los que deben ser objeto de ratificación, de acuerdo con la previsión del aludido artículo 431; sin embargo, el interesado, para comprobar las erogaciones de dinero que tuvo que realizar, podría promover la prueba de informes, de conformidad con lo previsto en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil, por ser los emisores del documento personas jurídicas, por lo que dichas transacciones deben estar asentadas en los libros que obligatoriamente deben llevar esas empresas.¹³

- b) Otro ejemplo. Supongamos que una persona (albañil) sufre unos daños corporales producto de un feroz ataque de un perro de raza pitbull que se encontraba en la calle por descuido del dueño del animal. Debido a ello, el lesionado tuvo que incurrir en gastos médicos para que atendieran las heridas, para lo cual fue a una consulta privada de un médico, quien le proporcionó los primeros auxilios, para remitirlo a una clínica, por la gravedad de las lesiones, a fin de que le aplicaran el tratamiento correspondiente. Para cubrir ese gasto tuvo

¹³ El artículo 433 es del tenor siguiente: “Cuando se trate de hechos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal, a solicitud de parte, no requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos. Las entidades mencionadas no podrán rehusar los informes o copias requeridas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una indemnización, cuyo monto será determinado por el Juez en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será sufragada por la parte solicitante”. Obviamente, en el ejemplo expresado, las transacciones efectuadas por dichas empresas, la reparación del vehículo propiedad del demandante y la locación del automóvil para que aquel pudiera cumplir con sus compromisos, deben estar asentadas en el libro de contabilidad de cada una de ellas.

que pedir prestada una suma de dinero, que se la suministró un conocido, quien hizo que firmara un contrato de mutuo (que se realizó por duplicado); además, como no pudo trabajar por un lapso de cuatro meses, debido a las lesiones sufridas, ello no le permitió concluir con la obra que le había sido contratada, con la consecuente pérdida de dinero. Al no devengar ingresos, no puede pagar la renta del inmueble que habita, de acuerdo con lo previsto en el contrato de arrendamiento que privadamente suscribió con el propietario del inmueble. En este caso, si el lesionado tuviera que interponer una demanda por el daño emergente, lucro cesante y daños y perjuicios; lo pagado a la clínica en la que recibió atención, podría demostrarlo con la prueba de informes;¹⁴ pero, el recibo del médico que le prestó los primeros auxilios, el contrato de mutuo y el de arrendamiento deben ser ratificados en el juicio, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 431.

- c) Tratemos otro supuesto. En un juicio de desalojo, el arrendador alega que el arrendatario (demandado) no ha cumplido con las obligaciones que había asumido, como eran las de mantener solventes todos los servicios domésticos que se prestan al inmueble, tales como el suministro de electricidad, de telefonía fija, de internet proporcionado por la empresa del Estado (Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela), de agua, el de gas directo (suministrado por la empresa de petróleo estatal). El demandado, en la contestación de la demanda, alega que ha pagado puntualmente todos los servicios y aporta las facturas expedidas por los entes que suministran los servicios, en los que aparece el sello de cancelación por parte de las respectivas entidades, con la fecha de pago. Esos pagos fueron realizados a entidades bancarias con las que los prestadores de los servicios mantienen convenios a los fines de facilitar al usuario el pago de ellos, por lo que pueden estampar directamente el sello de cancelación al respectivo recibo o en algunos casos se debe hacer un depósito en la cuenta del ente, para lo cual el Banco suministra una planilla de depósito. En estos casos, ¿también sería necesaria la ratificación de dichos documentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil?

¹⁴ Ver nota número 14.

Con mira a dichos ejemplos, trataremos de explorar si efectivamente es necesario, en todos los casos ratificar los documentos privados que se aporten en un juicio, emanados de un tercero ajeno a este. Si bien en los modelos expresados se han enfocado en documentos aportados por el demandante, el demandado también podría hacerlo para comprobar la excepción que alegue.

3. ¿Cuál es el procedimiento para ratificar el documento privado emanado de terceros?

De acuerdo con las previsiones del artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de que un tercero ratifique un documento privado, deben concurrir los requisitos siguientes:

- 1) Que curse en el expediente el documento privado cuya ratificación se aspira, el que debe ser aportado por el interesado en que se le otorgue eficacia, a fin de comprobar la pretensión propuesta o la excepción alegada.
- 2) Que dicho documento haya ingresado al proceso en la oportunidad establecida en la ley; es decir, de manera regular.
- 3) Que el tercero de quien emane el documento no sea parte del juicio.¹⁵
- 4) Debe promoverse al tercero como testigo en el lapso establecido en la ley, con la expresa indicación de que es llamado para ratificar el documento cursante en autos, el cual debe identificarse. Si el documento emanare de una persona jurídica, debe promoverse al representante de esa persona.¹⁶

Con respecto a este último requisito, en cuanto a la persona del testigo, debemos observar que la legislación venezolana no trae una definición del testigo, pero lo entendemos como la persona natural, hábil, que declara bajo juramento, en un proceso idóneo, del que no sea parte, sobre hechos sucedidos en el pasado, de los cuales tiene conocimiento;¹⁷ sin embargo, en nuestro concepto, este testigo no es el testigo a que se refiere el artículo 431, porque la única razón para que sea llamado al proceso es para que exprese si es el autor del documento que se le debe de poner de manifiesto o si la

¹⁵ Sobre la intervención de terceros en un juicio, ver los artículos 370 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

¹⁶ En el caso de las personas jurídicas el interesado puede probar el hecho mediante la prueba de informes. Ver nota 14.

¹⁷ YANNUZZI RODRIGUEZ, S. El testigo en materia mercantil. Libro homenaje a Alfredo Morles. Tomo I. Ediciones UCAB. 2012.

persona jurídica que representa es la autora de ese documento. Por ese motivo, a dicho testigo el promovente solamente podría hacerle una pregunta, cual es “si ratifica el documento que se le pone a su vista o se le pone de manifiesto”, si el testigo contesta afirmativamente, puede explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el documento que le ha sido exhibido. Si el documento fuera complejo puede declarar sobre su contenido o alcance. Si contesta negativamente, el documento quedaría desechado. La parte contraria puede repreguntar al testigo en los términos establecidos en el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil,¹⁸ con la finalidad de aclarar, ampliar, rectificar o invalidar su dicho; igualmente, el juez tiene la potestad de interrogar al testigo para ilustrar su propio juicio, tal como lo prevé en artículo 487 eiusdem.

Lo anterior no obsta para que el promovente pueda promover al mismo testigo que es llamado para ratificar un documento privado, para que declare en su condición de testigo procesal por tener conocimiento de hechos que interesen para el esclarecimiento de lo controvertido, lo que debe ser anunciado por el promovente,¹⁹ en la oportunidad de ofrecer la declaración del testigo, ya que de no hacerlo se consideraría que el testigo solamente fue promovido para la ratificación documental. Si el testigo también hubiese sido promovido como testigo procesal, una vez contestada la pregunta referida a la ratificación del documento que se ponga de manifiesto, el promovente lo interrogará sobre aspectos atinentes a los hechos controvertidos.

Cuando se promueva la prueba de testigos con la intención de que ratifique un documento privado cursante en autos, el promovente debe cumplir con la exigencia contenida en el artículo 482 eiusdem, como es indicar su nombre y apellido y expresar su domicilio, entendiéndose por este la ciudad o población en la que habite. En este supuesto pueden suceder dos hipótesis a saber:

¹⁸ Artículo 485: Los testigos serán examinados en público, reservada y separadamente unos de otros. El interrogatorio será formulado de viva voz por la parte promovente del testigo o por su apoderado. Concluido el interrogatorio, la parte contraria o su apoderado, podrá repreguntar de palabra al testigo sobre los hechos a que se ha referido el interrogatorio u otros que tiendan a esclarecer, rectificar o invalidar el dicho del testigo. Cada pregunta y repregunta versará sobre un solo hecho. En todo caso, el Juez podrá considerar suficientemente examinado el testigo y declarar terminado el interrogatorio. La declaración del testigo se hará constar en un acta que firmarán el Juez, el secretario, el testigo y las partes o sus apoderados presentes, salvo que se haga uso de algún medio técnico de reproducción o grabación del acto, caso en el cual se procederá como se indica en el artículo 189 de este Código.

¹⁹ Sobre la necesidad de apostillar las pruebas, puede consultarse a YANNUZZI RODRIGUEZ, S. ¿Es necesario indicar lo que se pretende probar con el medio de prueba? En Libro Homenaje al doctor Román Duque Corredor. III Jornadas Aníbal Dominici.

- a) Que el testigo tenga el mismo domicilio que el lugar de residencia del tribunal, caso en el cual el testigo debe concurrir en la oportunidad que para ello haya fijado el tribunal, supuesto en el cual el promovente tiene la carga de presentarlo en el tribunal.²⁰ En el supuesto que se esté en presencia de un testigo hostil, es decir que no quiera concurrir al tribunal, el promovente puede solicitar que se le cite.²¹ Ello se encuadra dentro del deber que incumbe al testigo de comparecer al tribunal o al sitio que se ha señalado para rendir la declaración, de no hacerlo el testigo será sancionado con una multa o arresto, salvo que el testigo goce de alguna prerrogativa,²² como es el caso de las altas autoridades civiles, militares y eclesiásticas, a que se refiere el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil; o que estén exceptuados de deponer, como lo serían los diplomáticos acreditados en la República que gocen de

²⁰ El primer aparte del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil consagra la carga a la parte de presentar al tribunal al testigo que haya promovido, cuyo texto es el siguiente: “Cada parte tendrá la carga de presentar al Tribunal los testigos que no necesiten citación en la oportunidad señalada. Puede, con todo, el Tribunal, fijar oportunidades diferentes para el examen de los testigos de una y otra parte”.

²¹ Ver encabezamiento del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil.

²² El artículo 494 del Código de Procedimiento Civil, establece el deber de comparecencia del testigo, cuyo incumplimiento está sancionado con una multa que no exceda de mil bolívares, hoy en día después de las reconvenciones y re-expresiones monetarias que se han decretado en el país desde marzo de 2007, tendríamos que la multa sería de 0,000000000001, es decir, cero enteros con cien mil millonésimas de un bolívar. Obviamente que no tiene sentido el monto de la multa, por efecto de la erosión del valor de la moneda debido al fenómeno inflacionario. De acuerdo con la normativa el juez debe aplicar la multa y en caso de no pago de ésta, procederá el arresto proporcional, que, dado el monto actual, será de segundos. El profesor Rengel Romberg afirma que al testigo civil no se le aplica la normativa prevista en el Código Penal para el testigo que no cumplió con el deber de comparecer, ya que debe aplicarse la prevista en el citado artículo 494 del Código de Procedimiento Civil. RENGEL ROMBERG, Arístides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo IV, Pág. 344.

Debe acotarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 3 de diciembre de 2018, dictó la sentencia 827, en la que, con carácter vinculante, en materia de amparo constitucional, por abandono del trámite o desistimiento malicioso, comenzó a calcular los montos de las sanciones eliminando tres ceros a las cifras previstas en el artículo 25 de la ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que las multas impuestas eran de cinco bolívares. Ello fue revertido por la indicada sentencia.

En Venezuela ha sido tradición secular sancionar al testigo contumaz, así vemos que, en una de las primeras leyes publicadas en la Venezuela republicana, como lo fue la Ley de Hurtos promulgada el 23 de mayo de 1.836, en la que se establecía al testigo contumaz una multa de veinticinco pesos o arresto de tres días. (Ver QUINTERO, INES. El Fabricante de Peinetas. Ultimo Romance de María Antonia Bolívar. Editorial Alfa. Caracas, 2011. Pág.45).

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

Evidentemente que la sanción, hoy en día, como se ha expresado, es absolutamente simbólica, por lo que debe considerarse que, en futuras reformas, se implemente un sistema acorde con el deber que corresponde al testigo de colaborar con la justicia. Pensamos que la sanción debe ser objetiva, es decir, aplicarse por la simple incomparecencia, a menos que el Juez considere que la excusa alegada y comprobada por el testigo contumaz sea razonable, quedando ello a la discrecionalidad del Juez.

inmunidad, de conformidad con previsto en la citada norma. Así mismo, podrían excusarse aquellas personas que tengan un impedimento físico (enfermedad), caso en el cual el juez puede acordar trasladarse al sitio en que se encuentren para examinar a dichos testigos.²³

- b) Que el testigo tenga un domicilio distinto al de la residencia del tribunal. En este supuesto pueden ocurrir dos conjeturas a saber: b.1) Que el promovente traslade al testigo hasta el tribunal de la causa para que comparezca en la oportunidad fijada para que declare si ratifica o no el documento cuya autoría se le atribuye a él o a su representada, en el caso de que sea una persona jurídica que sea la autora del documento, lo que debe ser anunciado cuando se promueva al testigo;²⁴ b.2) Que el testigo se rehúse a trasladarse desde su domicilio a la sede del tribunal, por las circunstancias que estime, supuesto en el cual el tribunal, a solicitud del interesado, de conformidad con las previsiones del artículo 234 del Código Adjetivo, debe comisionar a un tribunal del domicilio del testigo ante el cual rendirá su declaración,²⁵ y con el despacho que acredite el otorgamiento de la comisión remitirá el documento que se le debe exhibir al testigo para su ratificación.

Del texto del citado artículo 431 se desprende que único requerimiento que contiene, es que solamente el tercero autor del documento lo ratifique en el juicio, mediante la prueba de testigos. Sin embargo, pensamos que al interpretar el artículo 477 del Código de Procedimiento Civil, por

²³ El artículo 490 del Código de Procedimiento Civil, prevé esta hipótesis. En efecto, dicha norma reza: “Podrá también el Juez trasladarse a la morada del testigo, en caso de tener impedimento justificado para comparecer, a fin de que allí sea examinado, disponiéndose así por auto del Tribunal, dictado por lo menos el día anterior a aquel en que haya de verificarse el examen”.

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

²⁴ El último aparte del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil, en su parte pertinente, dispone lo siguiente: “Los testigos domiciliados fuera del lugar del juicio podrán ser presentados por la parte para su examen ante el Juez de la causa u otro comisionado del mismo lugar, a cuyo efecto la parte hará el correspondiente anuncio en el acto de la promoción”. Debe acotarse que, en los juicios orales, regidos por el principio de la inmediación es carga del promovente presentar al testigo ante el Tribunal para su examen el día de la audiencia de juicio, independientemente del sitio en que tenga su domicilio, residencia o morada. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del 22 de agosto de 2001, citada en la nota 38, determinó la posibilidad de que pudiera anticiparse la declaración del testigo, reconociéndola en un video para transmitirla en la audiencia de juicio, considerándose ello una inmediación de segundo grado.

²⁵ Ver último aparte del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil.

argumento a contrario, se desprende que toda persona mayor de doce años debe prestar declaración,²⁶ es decir, que a partir de la indicada edad, cualquier individuo está habilitado para deponer en juicio y tiene el deber de hacerlo;²⁷ no obstante ello, consideramos que, en el caso de la ratificación del documento, el testigo debe ser mayor de edad, o estar emancipado, ya que muy difícilmente una persona que no haya alcanzado la mayoría de edad realice transacciones documentadas o suscriba documentos que puedan tener relevancia en un juicio.²⁸ Tampoco es usual que una persona que no haya alcanzado la mayoría de edad pudiera estar asumiendo compromisos que puedan tener consecuencias en el orden judicial, porque quien debe celebrar el contrato en su nombre, es su representante legal.²⁹

En cualquiera de los supuestos, el testigo tiene que cumplir con el deber de jurar, previsto en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, exigencia que en Venezuela es considerada un requisito sine qua non para la validez de la declaración.

4. Las decisiones de la Sala Político-Administrativa y de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, reiterando su criterio, profirió en fecha 4 de agosto de 2022, la sentencia número 00394, mediante la cual señaló la necesidad de ratificar los documentos privados emanados de terceros ajenos al juicio en los que aquellos se incorporen, a fin de que se les pueda otorgar eficacia. En la mencionada sentencia, la aludida Sala, expresó lo que transcribimos, a saber:

“... Por otra parte, esta Alzada debe resaltar en lo atinente a la supuesta violación de los derechos constitucionales a la propiedad, libertad económica y al trabajo, que la

²⁶ El artículo 477 del Código de Procedimiento Civil, prohíbe la declaración del menor de doce (12) años.

²⁷ El encabezamiento del artículo 481 del Código de Procedimiento Civil prescribe que “Toda persona hábil para ser testigo debe dar declaración”.

²⁸ Debemos expresar que personas que no han alcanzado la mayoría de edad, diariamente realizan contratos, como pueden ser los estudiantes en los colegios que adquieren productos en las cantinas, para su consumo. También, los útiles que pueden adquirir en las librerías; celebran un contrato de transporte, al utilizar un medio de transporte público (autobús o metro), inclusive uno individual (taxi), etc. Pero, en estos casos, comúnmente, no media la escritura para la conclusión de dichos contratos.

²⁹ Pudiera darse el caso del menor de edad que use un medio de transporte y el transportista no cumpla con lo pactado, es decir, llevar sano y salvo al pasajero hasta el sitio de destino, contrato que debe respetarse, no obstante, la minoría de edad del contratante, lo que pudiera comportar una reclamación, pero usualmente son contratos verbales celebrado entre las partes, en la que no intervienen terceros.

accionante circunscribió dicho alegato a establecer una serie de consideraciones de las posibles consecuencias que se generarían de proceder la Administración Tributaria a ejecutar el acto administrativo impugnado, relacionadas con el fondo del asunto debatido, y a tal fin, consignó en el tribunal de instancia un disco compacto (cd) que contiene “(...) *los balances auditados (recibidos por medios telemáticos)* [de los que -a juicio del contribuyente-] *se desprende que de ejecutarse la multa la empresa sacrificaría los activos totales pues la cantidad en la que son valorados estos activos es escasamente mayor en 400 millones de bolívares del monto de la multa (...)*”. (Interpolado de esta Sala).

En este sentido, esta Máxima Instancia advierte que las mencionadas pruebas se corresponden a documentos de tipo privado emanados de terceros que no resultan parte en juicio, por lo que las mismas quedaban sujetas a las disposiciones sobre tacha y reconocimiento de instrumentos privados, debiendo ser ratificadas en juicio por el tercero del cual derivó, mediante la prueba testimonial, de conformidad con lo previsto en los artículos 430 y 431 del Código de Procedimiento Civil; siendo ello así, y visto que en el asunto en controversia, no fueron ratificados en juicio los mencionados documentos a través de la testimonial, esta Alzada concluye que los mismos no tienen valor probatorio. (*Vid.*, sentencia de esta Alzada número 00030 del 3 de marzo de 2021, caso: *Diebold Oltp Systems, C.A.*). Así se declara”. (Cursivas de la Sala).

La Sala de Casación Civil, apoyándose en doctrina autoral y jurisprudencial, sostiene el mismo criterio de la Sala Política Administrativa, y en la sentencia número 355 proferida el 12 de agosto de 2022, dictaminó lo siguiente:

“Pues bien, con relación a los documentos emanados de terceras personas ajenas al juicio, el autor patrio Gabriel Alfredo Cabrera Ibarra, en su obra “Compendio de Derecho Probatorio”, editado por Hermano Vadell, señala lo siguiente:

“Los documentos privados, no solo los instrumentos sino cualquier tipo de documento privado, que emanan de terceras personas que no son parte en un proceso pueden ser aportados al mismo, pero, para que puedan adquirir valor probatorio dentro de ese proceso deberán ser ratificados por los terceros de los cuales emanan a través de la prueba testimonial, tal como lo establece claramente el texto del artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.

Por tanto, si en un proceso es aportado un documento privado emanado de un tercero que no es parte en el proceso el mismo no tendrá valor probatorio alguno a menos que el promovente de ese documento promueva a su vez la prueba testimonial en relación

con la persona del tercero de la cual emana ese documento del cual pretende aprovecharse en el proceso.” (Énfasis de quien suscribe como ponente)

El doctrinario Humberto Bello Tavares, con respecto a la ratificación de los documentos emanados de terceros, opinó lo que de seguidas se cita:

“En estos casos, el legislador exige que aquel sujeto –tercero-de quien emana el documento, debe acudir al proceso a ratificar el mismo, caso en el cual, tratándose de un documento emanados de terceros, el proponente en el lapso probatorio, no solo debe limitarse a promover la documental privada emanada de tercero, sino igualmente la prueba testimonial a los efectos de la ratificación del documento, sin lo cual, el documento carecerá de eficacia probatoria” –Énfasis de quien suscribe como ponente- (Tratado de Derecho Probatorio, Tomo II, Ediciones Paredes).

Así las cosas, el artículo 431 del código ritual adjetiva civil –norma reguladora de la promoción de documentos emanados de terceros-, prescribe lo siguiente:

“Artículo 431.- Los documentos privados emanados de terceros que no son parte en el juicio ni causantes de las mismas, deberán ser ratificados por el tercero mediante la prueba testimonial.”

Nótese del precepto legal normativo citado *supra*, la existencia de unas condiciones insalvables a los fines de que el documento que emana de un tercero ajeno al proceso, tenga fuerza probatoria con respecto a la pretensión o bien con las defensas opuestas en la oportunidad procesal correspondiente. Tales obligaciones corresponden exclusivamente a la parte que desee o necesite valerse de la documental, y son las siguientes: 1) quien pretenda servirse de la prueba, debe dirigir su actividad no solo a la promoción del documento conforme a las condiciones relativas a la incorporación en juicio establecidas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, sino que además, en el mismo acto debe promover la prueba testifical del tercero de donde dimana la prueba, a los fines de lograr la ratificación de la misma y, 2) lograr que efectivamente el tercero ratifique la documental. El incumplimiento de las obligaciones referidas *supra*, acarrea la sanción para el promovente relativa a que dicho documento no tendrá valor de probatorio.

En íntima vinculación a lo anterior, esta Sala en sentencia número 88, del 25 de febrero de 2004, (caso: Eusebio Jacinto Chaparro, contra Seguros La Seguridad C.A.), dejó sentado lo siguiente:

“...No obstante, la Sala recientemente modificó su criterio y estableció que de conformidad con lo previsto en el referido artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, la ratificación mediante testimonio es un presupuesto de eficacia del documento emanado de tercero, razón por la cual constituye una norma jurídica expresa para el establecimiento de la prueba documental. (Sentencias de fecha 20 de diciembre de 2001, Vicente Geovanny Salas Uzcátegui c/ Luis Alfonso Urdaneta Goyo, y 30 de abril de 2002, Fundación Poliedro de Caracas c/ Water Brother Producciones de Venezuela, C.A.).

Y con mayor precisión en el examen y decisión de las denuncias de silencio de prueba del testimonio del tercero que ratifica el documento emanado de él, ha indicado que dicha ratificación sólo persigue otorgar eficacia a dichos documentos, por lo que de ser éstos examinados, en definitiva, no se produce el vicio denunciado. (Fallo de fecha 15 de noviembre de 2000, American Sur, S.A. c/ Pedro Añez Sánchez).

Ahora bien, los anteriores criterios de la Sala se apartan de los antecedentes jurisprudenciales que motivaron la incorporación del artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, así como de las opiniones doctrinarias sostenidas por reconocidos juristas patrios, y favorece la formación de documentos y pruebas en componenda de alguna parte con terceros, los cuales carecen de fecha cierta y, por ende, permiten la posibilidad de crear obligaciones anteriores a la relación jurídica discutida, pruebas éstas que a pesar de ser anticipadas, adquieren la eficacia probatoria del documento privado reconocido u auténtico, la cual es mayor que otras pruebas simples, creadas en el proceso, con participación del juez y mediante el efectivo control y contradicción por las partes.

El mecanismo previsto para el reconocimiento de documentos privados, sólo rige para aquellos emanados de la parte a quien se opone, lo que encuentra justificación en su desinterés de que se fabriquen pruebas que podrían desfavorecerle, lo que no se cumple respecto del tercero, quien podría pretender beneficiar a alguna parte, aún a sabiendas de que se está desfigurando la verdad de los hechos ocurridos en el caso concreto y que conforman el tema a decidir.

Por esa razón, la Sala expresamente abandona los expresados criterios y retoma el anterior, de conformidad con el cual el documento emanado de tercero, formado fuera del juicio y sin participación del juez ni de las partes procesales, no es capaz de producir efectos probatorios. **Estas declaraciones hechas por el tercero que constan en dicho documento, sólo pueden ser trasladadas al expediente mediante la promoción y evacuación de la prueba testimonial, que es la única formada en el proceso, con inmediatez del juez y con la posibilidad efectiva de control y contradicción, en cuyo caso, por referirse el testimonio a su contenido, de ser ratificado, las declaraciones pasan a formar parte de la prueba testimonial, las cuales deben ser apreciadas por el juez de conformidad con la regla de valoración prevista en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil...**” (Énfasis de quien suscribe como ponente).

Realizado el necesario recorrido doctrinario y jurisprudencial sobre el tema relativo a la válida incorporación del documento emanado de un tercero ajeno a juicio a los fines de que posea eficacia probatoria, la Sala “se permite citar el contenido de la recurrida con respecto al examen del documento suscrito por el ciudadano Domingo Ramos Gaspar, titular de la cédula de identidad número V-6.246.946 y contrastarlo con el *iter* procesal a los fines de evidenciar la utilidad de la reposición solicitada.

Así las cosas, el *ad quem* sentenció conforme al siguiente razonamiento:

“aunado al hecho de que de las pruebas aportadas no se evidencia que existan elementos de convicción que lleven a esta sentenciadora a determinar la existencia de un fundado temor de que una de las partes pueda ocasionar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, **siendo que no consta en autos que el aludido informe del comisario de la empresa SERVICIOS DE DEMORAS INTERMODAL 77, C.A, haya sido ratificado conforme al artículo 431 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que dicho informe es emanado de un tercero ajeno a la presente causa.**” (Énfasis de quien suscribe como ponente)”

Como puede notarse, “el judicante de alzada no consideró satisfechos los requisitos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de mantener la protección cautelar decretada por el *a quo*, ello así, por cuanto la prueba consignada por el actor –referida al informe del comisario- como fundamento de su petición cautelar **-la cual no consta en este cuaderno de medidas-** emanaba de un tercero ajeno al juicio que no fue ratificada por la testimonial”.

Así las cosas, de la revisión del “legajo de copias que componen la presente incidencia cautelar, se evidencia que el actor en **la articulación probatoria con ocasión a la tramitación de la medida cautelar solicitada, promovió la prueba testifical del tercero con la finalidad de que ratificara el contenido del documento que emana de él, sin embargo, no hay constancia en autos de que el tercero haya rendido la respectiva declaración, a los fines del contenido del artículo 431 de la norma ritual adjetiva civil** en la oportunidad procesal a la que hace referencia el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil, que prevé que en la articulación probatoria de ocho (8) días que se abre en la incidencia de oposición (haya habido ésta o no), los interesados deben promover y hacer evacuar las pruebas que convengan a sus derechos, cuestión esta que impide la reposición, en tal sentido, aún frente al escenario de la promoción del documento emanado de tercero, al no

verificarse que se haya realizado el acto de deposición y que tampoco se haya insistido en la prueba testifical –pues no consta en autos tal situación-, la reposición de la causa ocasionaría un desequilibrio entre las partes al beneficiar a la actora para que promueva el testigo cuando no hay constancia en autos –se repite- que el actor haya insistido en la testifical, **lo cual se toma como una convalidación del acto presuntamente violatorio al debido proceso**”.

En vinculación a lo anterior, conviene se apunte que “esta Sala ha señalado que es obligación del peticionante de la protección cautelar, consignar en el cuaderno que se abre a los fines de sustanciar la incidencia, las pruebas que logren acreditar la procedencia de la medida. Así, en sentencia número 409, del 7 de julio del año 2015 (caso: *Jesús Alberto Pérez Oropeza contra Inversiones 902010, C.A.*), se estableció lo siguiente:

“Las incidencias sobre medidas preventivas deben tramitarse en cuaderno separado del juicio principal, de allí que esas incidencias constituyen juicios autónomos, distintos e independientes de aquel; en tal sentido, resulta preciso que la parte interesada en el decreto de la medida consigne en el cuaderno de medidas toda la prueba tendiente a favorecer sus pretensiones, incluso aquella que se encuentre en el cuaderno principal.”

Por otro lado, el propio recurrente en los pasajes del escrito de formalización afirma “que el tercero compareció voluntariamente a los autos y ratificó la documental expresando que reconocía la misma en su contenido y firma”, lo cual a todas luces, permite concluir que la reposición solicitada solo busca retardar el proceso de manera injustificada”-

Asimismo, “si la inconformidad del recurrente versaba sobre la apreciación de las pruebas o sobre el establecimiento de los hechos que dimanaban de las mismas, debió interponer su denuncia por infracción de ley, bien por error en la interpretación de la norma o por falsa o falta de aplicación. Así las cosas, conforme a los razonamientos esbozados con anterioridad, esta Sala desecha la presente denuncia. Así, se decide”. (Resaltados y cursivas de la Sala).

Es decir, en criterio de las Salas Político Administrativa y de Casación Civil, la única manera para que un documento emanado de un tercero que no sea parte en el juicio en el que aquel se aporte, pueda tener eficacia es, exclusivamente, que sea ratificado por su autor, es decir, el tercero, mediante la prueba de testigos.

¿Ello será correcto? ¿Habrá alguna excepción? Veamos.

5. Nuestros comentarios sobre las sentencias de las Salas Político Administrativa y de Casación Civil.

Si bien es cierto que en las indicadas sentencias las Salas interpretan de manera literal la norma en que se apoyan; consideramos que la decisión no desentraña de manera ajustada el aludido artículo 431 por lo siguiente:

- a) El artículo 431 y otras normas adjetivas. Un primer aspecto a considerar, en nuestro concepto, para dilucidar correctamente el alcance de la norma y no solamente su interpretación de manera literal, es que debe correlacionarse el referido artículo 431 con el mandato que ordena al juez procurar conocer la verdad en los límites de su oficio y atenerse a lo alegado y probado en autos;³⁰ además, debemos agregar, que es deber del juez analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido en el juicio.³¹ Por tanto, la intención es esclarecer cómo debe proceder el juez cuando el documento emanado de un tercero ajeno al juicio no fue ratificado. Vemos que la posición de las Salas Político Administrativa y de Casación Social es contundente, el documento privado que no haya sido ratificado no puede tener eficacia. Sobre este aspecto, un poco más adelante, haremos algunas reflexiones.
- b) La interpretación literal del artículo 431. Creemos que lo expresado en los aludidos fallos es correcto, en el sentido de que ciertamente un documento emanado de un tercero ajeno al juicio, aportado por alguno de los litigantes, para que tenga eficacia, el tercero debe ratificarlo en el proceso mediante la prueba de testigos, quien asumiría al ratificarlo la autoría de ese documento y, en consecuencia, de lo expresado en él; oportunidad en la cual el contrario puede repreguntar al testigo, lo que comporta el control de la prueba. Por tanto, en ese aspecto no hay duda alguna que es adecuado el criterio de las Salas, antes transcritos; pero, insistimos, es la interpretación literal del contenido de la norma. Sin embargo, estimamos que deben considerarse otras hipótesis, específicamente, cuando el documento no ha podido ser ratificado mediante la prueba de testigos, conjeturas que procederemos a tratar previa algunas cavilaciones sobre las sentencias trasladadas.

³⁰ Ver artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

³¹ Ver artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

- c) Diferencia entre ratificación y reconocimiento. Una primera reflexión está referida a que nos parece incorrecta la afirmación contenida en la sentencia dictada por la Sala Política Administrativa en el sentido de que los documentos emanados de terceros ajenos al juicio queden sujetos a las disposiciones sobre tacha y reconocimiento de instrumentos, debido a que el artículo 430 eiusdem citado en el fallo en comento dispone lo siguiente: “Respecto de los instrumentos privados, cartas o telegramas provenientes de la parte contraria, se observarán las disposiciones sobre tacha y reconocimiento de instrumentos privados”; es decir, se refiere a los documentos que emanen de los litigantes -o de sus causantes- y no de los terceros, y esto es obvio, porque si el documento no proviene de ellos, nada habría que tachar ni descocer, sino establecer la certeza de lo declarado en el documento, mediante la ratificación que debe hacer su autor. En el mismo sentido se refiere el Código Adjetivo con respecto a la tacha y reconocimiento de documentos.³² Por otra parte, el citado artículo 431 del Código de Procedimiento Civil expresa que el tercero de quien ha emanado el documento aportado al juicio, debe ratificarlo, no alude a su reconocimiento. Por ello, es importante establecer la diferencia entre ratificación y reconocimiento.

En efecto, de acuerdo con el diccionario de la lengua española, el vocablo “ratificar” corresponde a la acción que se realiza en el sentido de “aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos y ciertos”;³³ por otro lado, el vocablo “reconocer”, en sus dos primeras acepciones es definido de la manera siguiente: en el primer significado como la acción de “examinar algo o a alguien para conocer su identidad, naturaleza y circunstancias; mientras que en la segunda acepción se alude a “establecer la identidad de algo o de alguien”;³⁴ es decir, son actividades diferentes y sus consecuencias legales también son distintas, de acuerdo con las regulaciones de la ley.

³² Ver artículos 438 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en los que se regula el desconocimiento y la tacha de documentos, pero se refiere a los que se oponen las partes en el juicio, atribuyendo al contrario su autoría. Así mismo, el artículo 1.381 del Código Civil regula la tacha de los instrumentos privados emanados de las partes.

³³ Diccionario de la Lengua Española. Edición del tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/ratificar?m=form>. Consulta realizada el 25 de agosto de 2022.

³⁴ Diccionario de la Lengua Española. Edición del tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/reconocer?m=form>. Consulta realizada el 25 de agosto de 2022.

En consecuencia, pensamos que lo expresado en la sentencia de referencia acerca de la tacha y reconocimiento de los documentos emanados de terceros y aportados al proceso por los litigantes es incorrecto.

1. El contenido del documento a ratificar. También debemos expresar nuestra inconformidad con lo dispuesto en el fallo proferido por la Sala de Casación Civil, antes transcrito, cuando señala que las declaraciones que haya realizada el tercero contenidas en el documento promovido por la parte interesada solamente pueden ser trasladadas al expediente mediante la promoción y evacuación de la prueba testimonial, que es la única formada en el proceso, con intermediación del juez y con la posibilidad efectiva de control y contradicción. Nuestro desacuerdo es por las razones que más adelante se expresan que, como veremos, podría haber situaciones en que ello no sería posible por causas no imputables al promovente y en otros supuestos por ser innecesario. Igualmente, no puede perderse de vista, la posibilidad que tienen los litigantes de valerse de la prueba de informes, en los casos de los documentos emanados de las personas jurídicas que deban constar en sus archivos.

Sin embargo, comulgamos con lo aseverado en la aludida decisión, en el sentido de que las afirmaciones efectuadas por el testigo, referidas al contenido del documento, si este es ratificado, esas declaraciones pasan a formar parte de la prueba testimonial, que debe ser apreciadas por el juez de conformidad con la regla de valoración prevista en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no constituye una prueba documental, cuya valoración es distinta.

Agregaríamos que, en el supuesto de falta de ratificación, y si el juez estime que puede otorgarle eficacia, también debería valorarse como prueba de testigos y no como la prueba documental.

- d) ¿Es necesaria la ratificación del documento? Otros supuestos. Si bien, la norma en comentario (artículo 431) pareciera que regulara el supuesto esbozado en los fallos transcritos, en su parte pertinente, al tema al que nos estamos refiriendo, pensamos que deben analizarse otros escenarios que eventualmente pudieran presentarse. Para ello, previamente, cabe recordar el criterio sentado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reflejado en la sentencia número 46, dictada el 3 de marzo de 1993 (caso Luis Beltrán Vásquez

Guariguata contra Víctor Losada), que al darle ingreso definitivo al principio de la comunidad de pruebas, plasmó diversos supuestos relativos a la procedencia del vicio de silencio de pruebas, y, entre otros, señaló el correspondiente a la prueba promovida y evacuada de manera parcial o incompleta, sobre el cual dictaminó que en ese supuesto “el juez puede a su arbitrio, si le surgen elementos para ello, utilizar la prueba incompleta, pero de su silencio no se deriva el vicio de silencio de prueba”; es decir, que ante la existencia de la prueba evacuada parcial o incompletamente el juez queda en libertad de considerar si esta contribuye a esclarecer algún aspecto de la controversia o le permite al sentenciador concatenarla con otras pruebas cursantes al expediente para obtener la convicción de algún aspecto debatido. Ese podría ser el caso que estamos tratando, en el sentido de que uno de los ligantes aporte el documento, pero este no fue ratificado por el testigo por diversas situaciones, las cuales las ejemplificaremos. Consecuencialmente, estaríamos ante una prueba parcialmente evacuada.

De acuerdo con las decisiones que hemos copiado, el juez no tendría otra opción que la desestimar el contenido de lo expresado en el documento que no ha sido ratificado, porque no hubo control del litigante contrario al promovente, al testigo ofrecido por este, que debe ratificarlo. Sin embargo, creemos que podrían manejarse algunas hipótesis cuando no exista la ratificación del documento por parte del tercero ajeno al juicio, en las que juez debería considerar el documento no ratificado.

Es oportuno plantearse, por ejemplo, cómo debería proceder un juez en el caso de que se haya promovido el testigo para la ratificación del documento, este haya concurrido en la oportunidad fijada por el tribunal para ello; sin embargo, el tribunal difiere -por causas justificadas- las repreguntas del testigo, de lo cual las partes y el testigo quedan notificados; pero, en la nueva oportunidad establecida para que el no promovente interrogara al testigo, este no comparece por lo que la parte contraria no pudo controlar la prueba. En este caso podemos manejar, hipotéticamente, dos escenarios, a saber: 1) El testigo no concurrió por haber fallecido o por haber sufrido un accidente o estar inmerso en un suceso que lo imposibilita prestar la declaración; 2) El testigo no concurrió porque no quiso. ¿El juez, ante cualquier circunstancia que impida al testigo concurrir a las repreguntas después de ratificado el

documento, debe desechar la ratificación del documento por falta de control del contrario? o ¿el juez debe aplicar el criterio de la Sala de Casación Civil, contenido en la sentencia del 3 de marzo de 1993, antes referido? ¿En los dos supuestos el juez de proceder de la misma forma? Aquí ingresamos dentro del mundo de la casuística, y es allí en donde el criterio sustentado por la Sala de Casación Civil le permite al juez utilizar la prueba incompleta, pero en este ejemplo y, en cualquier otro caso en que decida otorgarle eficacia, creemos que, necesariamente, debe expresar las razones y motivos que lo han inducido a ello.

Veamos algunas situaciones que, eventualmente, podrían presentarse en las que no ocurra la ratificación del documento privado por parte del tercero ajeno al juicio.

e.1) Fallecimiento del testigo que debe ratificar. Un primer escenario que pudiéramos considerar es aquel en que el ligante promueve tempestivamente el documento, así mismo ofrece el respectivo testigo al proceso para que ratifique el documento que afirma ha emanado de ese tercero, a fin de que preste su declaración en el juicio; pero, el tercero ajeno al juicio que debe ratificarlo falleció una vez fijada la oportunidad para su comparecencia en el respectivo proceso, por lo que no sería posible su ratificación, pero si ese documento fuera una prueba importante para la decisión de la controversia, porque en él se indica, por ejemplo, la erogación que tuvo que realizar el promovente con motivo del daño que aduce le causó el contrario, ¿el interesado no podría comprobar el hecho por falta de ratificación? ¿Debería aplicarse el indicado criterio sustentado en las decisiones anteriormente transcritas, por las Salas de Casación Civil y Político Administrativa, y desechar el documento por falta de ratificación? o ¿Debe aplicarse lo discernido por la Sala de Casación Civil en la sentencia del 3 de marzo de 1993, que permite al juez, a su arbitrio, si le surgen elementos para ello, utilizar la prueba incompleta?

Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa en el sentido de otorgarle eficacia a lo declarado en el documento, como expresa la Sala de Casación Civil en la mencionada sentencia dictada en 1993, tomando el contenido del documento como prueba de testigos -no documental-, siempre que existan otras probanzas que le permitan al juez inferir que ese documento provino del tercero, porque si no existen esos elementos que se puedan correlacionar con la autoría del

documento, sería injusto que el juez le otorgara eficacia por la simple afirmación del promovente. En este caso, estimamos que el interesado debe probar el fallecimiento del tercero y de ser posible traer a un causahabiente de este, para que exprese que esa era la firma de su causante o podría el interesado promover un cotejo para comprobar la firma del tercero que debió ratificar el documento. Necesariamente, debe revisarse el estado en que se encuentra el documento, es decir, que no haya sufrido alteraciones. Como quiera que en el supuesto planteado ya ha vencido el lapso de promoción de pruebas, el promovente del documento, ante esa circunstancia, podría fundamentarse en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, por existir una necesidad de esclarecer algún hecho, por lo que debe abrirse una articulación por ocho días sin término de distancia, a fin de que se aporten las probanzas que acrediten lo indicado. En virtud de que la resolución de la incidencia debe influir en la decisión de la causa, el Juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva, en la que decidirá si admite o no lo declarado en el documento que no fue ratificado, con fundamento en el criterio de la Sala de Casación Civil sostenido en la sentencia del 3 de marzo de 1993.

Consideramos que, adicionalmente, podrían aportarse otras probanzas que abonen lo expresado en el documento, así como cualquier otro recaudo que estime oportuno -el interesado- que permita correlacionarlo con lo manifestado en el documento.

En este mismo caso, pero si para el momento de la promoción del documento ya su autor (testigo de ratificación) hubiese fallecido, y el documento fuere fundamental para la resolución de la controversia, el interesado puede promoverlo indicando que quien lo suscribió ha fallecido, aportando la prueba de ello, y pudiera promover -como se ha indicado- dentro del lapso de promoción de pruebas, auxiliándose con otros medios de prueba, aquellos elementos que permitan al juez utilizar el documento no ratificado, es decir, esa prueba incompleta.

e.2) Persona jurídica inexistente. Una segunda posibilidad con la que podemos conjeturar es que el autor del documento sea una persona jurídica que cerró las puertas por circunstancias económicas o por cualquier otro motivo. Imaginemos que un individuo desea demostrar que fue un estudiante responsable en bachillerato, y aporta una constancia expedida por el plantel en la que lo certifica, suscrita por quien había sido el director del colegio, pero dicho instituto no existe; no se puede ubicar al que suscribió la certificación, por lo que no hay un testigo

para que pueda ratificar dicho documento. Tampoco se puede promover la prueba de informes porque el plantel no existe. ¿El juez podría considerar dicha constancia que no fue ratificada? En este supuesto, consideramos que pueda aplicarse el indicado criterio de la Sala de Casación Civil sobre la prueba evacuada de manera incompleta. Para ello, el juez debe tomar en cuenta, entre otras circunstancias, si la constancia está redactada con el membrete del colegio, la fecha de expedición que aparece en ella.

En el ejemplo tratado estimamos que el interesado debe comprobar que el colegio no está en funcionamiento, por lo que no puede promover la prueba de informes, y para demostrar que el instituto educativo no existe debería requerir una certificación del ministerio del ramo, en la que al solicitarla pida el peticionario se exprese la dirección que tenía la institución y la fecha de cierre de ella, lo que servirá para que el juez la pueda contrastar con la constancia aportada al expediente. También pudiera promover la prueba de informes dirigida al ministerio respectivo, a los fines de demostrar tales circunstancias.

e.3) Desconocimiento del paradero del testigo. Otro escenario que podría suceder es el caso de que se desconozca el paradero del testigo, habida cuenta del flujo migratorio de venezolanos y residentes en el país, lo que no permite ubicarlo extraprocesalmente; por ello, no obstante que haya sido promovido como testigo para la ratificación del documento privado, no va a concurrir. En este caso comprobar esa circunstancia sería muy difícil, y al juez podría quedarle la duda si realmente el paradero del testigo es desconocido.³⁵

Si el interesado logra demostrar que el tercero (testigo) se encuentra fuera del país, el promovente del documento tendría las opciones siguientes:

1) Si efectivamente el interesado comprueba la residencia del tercero en el extranjero, bien por la declaración de testigos en un justificativo evacuado al efecto, o por la constancia remitida por el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), puede solicitar de conformidad con lo establecido en el artículo 393 del Código de

³⁵ Aunque se solicite información sobre esa persona (testigo) al Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), posiblemente no se encuentre actualizada porque muchas personas -notoriamente- han abandonado el país irregularmente.

Procedimiento Civil, el término extraordinario del pruebas, para que el tercero ratifique el documento, para lo cual deberá remitirse la correspondiente rogatoria con el documento a los fines de su ratificación y seguir las regulaciones de acuerdo a los tratados que al efecto haya suscrito nuestro país o las normas del Estado receptor en caso de que no exista convenio alguno.

Sin embargo, podría evacuarse al testigo de forma telemática, es decir, por medio de una video conferencia. Aunque esta manera de evacuación no está prevista en nuestra legislación, salvo en la ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal,³⁶ creemos viable esta alternativa, no solo con fundamento a la sentencia número 1571, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 22 de agosto de 2001,³⁷ que contempla la posibilidad de que se realice la declaración de un testigo por esta vía, sino en virtud del desarrollo de las conferencias a distancias que se realizaron con motivo de la pandemia Covid-19 y de la decisión de la Sala de Casación Civil

³⁶ En literal “A” del artículo 11, la ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal, dispone -en protección a la persona del testigo- que para que rinda declaración pueden utilizarse medios tecnológicos disponibles, como la video conferencia o cualquier otro medio similar que haga efectiva la protección, tanto en el juicio como cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba.

³⁷ Debemos indicar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 1571, del 22 de agosto de 2001, estableció la posibilidad de que, en los medios alternativos de resolución de conflictos, las partes, sin intervención judicial, puedan adelantar la declaración del testigo, lo que conllevaría una falta de juramentación. En efecto, la Sala expresó lo siguiente: “Pero los avances tecnológicos que permiten las retransmisiones y reproducciones comentadas, abren otra posibilidad a los fines de la intermediación, cual es que en las materias que puedan ser sometidas a arbitramiento, a ser dirimidos los conflictos que en ellas surgen por la justicia alternativa, las partes puedan adelantar actos procesales, como el testimonio (sic) por ejemplo, e incorporarlos al juicio oral mediante videos u otros sistemas de reproducción de imágenes, siempre que ambas estén presentes en los actos grabados, y ambos promueven al medio contenido en el video. Con esta promoción conjunta se evitan discusiones sobre posibles alteraciones del instrumento, se garantiza que ambos controlaron la prueba y que hasta las ediciones que se efectúan a las mismas las partes consideran que no las dañan”. Sin embargo, unos párrafos más adelante, la sentencia citada, expresó la manera como podría juramentarse el testigo, y señaló lo siguiente: “La juramentación del testigo puede realizarse dentro del acto privado aprehendido por los medios audiovisuales, al igual que los requisitos para el desarrollo del acto, que podrían coronarse con un acta suscrita por los intervinientes. Es más, hasta un árbitro en el papel de juez garante de la igualdad procesal, podrían crear las partes a esos fines”. No estamos de acuerdo con este procedimiento, ya que el testigo debe juramentarse ante el Juez que lo haya convocado sea el de la causa, el comisionado o que el sustancie el Retardo Perjudicial por temor fundado. Este comentario se encuentra en YANNUZZI RODRIGUEZ, S. Régimen procesal de la declaración como testigos de los altos funcionarios civiles, militares y eclesiásticos. En Revista No. 74 de la Facultad de Derecho de la UCAB.

del Tribunal Supremo de Justicia, de iniciar un plan piloto para la sustanciación de juicios a distancia,³⁸ y por aplicación de la ley de Infogobierno.³⁹

En esta hipótesis, el tribunal tendría que fijar oportunidad para la realización del acto, en horas hábiles del despacho del tribunal, por lo que los litigantes o sus apoderados deben concurrir al tribunal, y el único que estaría en la video conferencia sería el testigo, y se procederá a realizar el acto, de acuerdo a las disposiciones de la ley, como si el testigo estuviera presente (físicamente) y para garantizar que este no tenga interferencia alguna, representantes acreditados de las partes, si así lo quisieren, pudieran concurrir al sitio donde se encuentre el testigo prestando su declaración, y el examen del testigo pudieran realizarlo esos representantes, dirigidos remotamente por el juez, en caso de que ningún representante de las partes asista al lugar en donde se encuentre el testigo formularan las preguntas y repreguntas telemáticamente.⁴⁰ Por tanto, el acto se desarrollaría de la misma manera que una deposición de testigos en la sede del tribunal. Obviamente que al testigo debería ponerse de manifiesto el documento que debe ratificar, por lo que podría exigir que se le leyera a fin de poder corroborar su contenido.

En la hipótesis que estamos bosquejando, el acta que se realice para dejar constancia del acto, de conformidad con las previsiones del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, se hará constar que el testigo no puede suscribir el acta porque rindió declaración con presencia remota.⁴¹ En todo caso la declaración y las repreguntas formuladas, el juez debe ordenar que se realice la versión escrita de su contenido, aplicando lo dispuesto en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil y agregarla al expediente.⁴² En caso de alguna objeción de lo transcrito, estimamos que debe seguirse el

³⁸ Se trata de la Resolución número 03-2020, del 28 de julio de 2020, mediante la cual instauró un plan piloto para el inicio de procesos virtuales en la jurisdicción civil de los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta, que denominó “Despacho Virtual”. Debe tenerse en cuenta que actualmente las actividades judiciales son presenciales; sin embargo, podría utilizarse la tecnología para estos fines.

³⁹ La Ley de Infogobierno, se impone al poder público el uso de las tecnologías de información, para el mejoramiento de su gestión y servicio al usuario. También pudieran basarse en la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, modificada en 2010, cuyo objeto es establecer las normas que permitan en el contexto del artículo 110 constitucional, que se reconozca el interés público de la ciencia, la tecnología y la innovación.

⁴⁰ Es una comunicación síncrona.

⁴¹ Ver YANNUZZI RODRIGUEZ, S. Régimen procesal de la declaración como testigos de los altos funcionarios civiles, militares y eclesiásticos. En Revista No. 74 de la Facultad de Derecho de la UCAB.

⁴² El texto del artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, en su primer y segundo aparte es del tenor siguiente: “Las declaraciones de las partes, las posiciones juradas, las declaraciones de testigos y cualesquiera otras diligencias del Tribunal que deban hacerse constar en acta, podrán ser tomadas mediante el uso de algún medio técnico de reproducción

procedimiento contemplado en la mencionada norma. Si esta forma de evacuación comportare algún costo, deberá sufragarlo el interesado.

Este mismo procedimiento podría aplicarlo el tribunal para aquellas personas que estén exentas de concurrir al tribunal, de conformidad con las disposiciones legales.⁴³

2) Que no sea posible ubicar al tercero por desconocer su paradero en el sitio al que, de acuerdo con la información suministrada, o el justificativo de testigos evacuado, debía encontrarse el testigo, o porque ya no se encuentra en ese lugar por haberse traslado a otra parte, que es ignorada. En este caso le corresponderá al interesado, como en los supuestos anteriores, promover otras probanzas que permitan al juez relacionarlos con lo expresado en el documento que debía ser ratificado, salvo que ya existan en autos, a fin de que le permitan al juez otorgar eficacia a la prueba incompleta, lo que quedaría dentro de su soberanía de conformidad con lo establecido en la sentencia del 3 de marzo de 1993.

e.4) Testigo que haya perdido la memoria. Podría darse el caso de que el testigo haya perdido totalmente la memoria, bien sea de manera permanente o transitoria, por lo que no podría aportar absolutamente nada al juicio, porque no puede recordar nada de lo sucedido. En esta situación, si la pérdida de la memoria es permanente, el interesado debería comprobar dicha circunstancia, y aportar al proceso los elementos que considere conveniente para tratar de demostrar la veracidad de lo expresado en el documento, supuesto este que estimamos podría aplicarse el señalado criterio de la Sala de Casación Civil; es decir, el contenido en la sentencia del 3 de marzo de 1993. Si la pérdida de la memoria fuera transitoria, por ejemplo, por la ingesta de medicamentos, el promovente del documento y del testigo debe notificarlo al tribunal, a fin de que la oportunidad para la ratificación se difiera y, eventualmente, solicitar

o grabación del acto, por disposición del Tribunal o por solicitud de alguna de las partes. En estos casos, la grabación se mantendrá bajo la custodia del Juez, el cual ordenará realizar la versión escrita de su contenido por el Secretario o algún amanuense bajo la dirección de aquél, o por alguna otra persona natural o jurídica, bajo juramento de cumplir fielmente su cometido. En todo caso el Secretario, dentro de un plazo de cinco días agregará al expediente la versión escrita del contenido de la grabación, firmada por el Juez y por el Secretario. Si ninguna de las partes hiciere objeción al acta, señalando expresamente alguna inexactitud, la misma se considerará admitida, pasados que sean cuatro días de su consignación en los autos. En caso de objeciones, el Juez fijará día y hora para la revisión del acta con los interesados, oyendo nuevamente la grabación. De lo resuelto por el Juez en ese acto, no habrá recurso alguno. El costo de la grabación estará a cargo del solicitante, y en caso de disponerla de oficio el Tribunal, será de cargo de ambas partes”.

⁴³ Ver artículo 495 del Código de Procedimiento Civil.

una prórroga del lapso de evacuación de pruebas, por ser ello una causa no imputable al promovente.⁴⁴ En caso de que el lapso de evacuación de pruebas y la prórroga se hayan cumplido y el testigo no haya recuperado la memoria, el juez, si lo estimare conveniente, pudiera hacer uso de la iniciativa que le concede el artículo 401 del Código Adjetivo, y llamar al testigo para que ratifique el documento;⁴⁵ como quiera que la indicada norma no le permite a los litigantes intervenir en su evacuación, el juez debería interrogar al testigo, a fin de clarificar cualquier aspecto relativo al documento aportado al juicio.

Debe observarse que en este ejemplo, tenemos que la parte interesada promovió el documento y al testigo, pero existe una imposibilidad que el litigante no puede controlar, y ante la falta de ratificación del documento por el tercero ajeno al juicio, y con vista a los otros elementos que haya podido proveer el interesado, pensamos que el juez debería aplicar el criterio contenido en la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil, el 3 de marzo de 1993, a la que se ha aludido con anterioridad.

e.5) El entredicho por demencia. Si el tercero ajeno al juicio a quien le corresponda ratificar el documento ha sido declarado entredicho por demencia, no podría prestar declaración como testigo en ningún proceso por prohibición del artículo 477 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, el interesado debió indicarlo en la promoción si para dicha oportunidad ya se ha producido la interdicción o posteriormente a su ofrecimiento al proceso si la interdicción se ha declarado después de ello. En este supuesto, el interesado debe aportar la prueba de esa declaratoria, y proceder como se indica en el caso del fallecimiento del testigo, a fin de que el juez puede correlacionar el documento aportado con las demás probanzas producidas.

⁴⁴ El encabezamiento del artículo 202 del Código de Procedimiento Civil, prevé esta hipótesis. Dicha norma es del tenor siguiente: “Los términos o lapsos procesales no podrán prorrogarse ni abrirse de nuevo después de cumplidos, sino en los casos expresamente determinados por la Ley, o cuando una causa no imputable a la parte que lo solicite lo haga necesario”.

⁴⁵ El artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente: “Concluido el lapso probatorio, el Juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: ... 3º La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes. ...”

Estimamos que el juez debería aplicar el criterio de la mencionada sentencia de la Sala de Casación Civil dictada el 3 de marzo de 1993.

e.6) Ratificación anticipada. Lo anteriormente expuesto no obsta que ante el conocimiento de alguna circunstancia que pueda impedir que el testigo declare en el juicio en que se vaya a aportar el documento emanado del tercero, el interesado podría promover el juicio de retardo perjudicial y anticipar la ratificación del documento,⁴⁶ habida cuenta de que el documento y su ratificación, se considera, como precedentemente se ha indicado, como prueba de testigos y como tal debe valorarla el juez.

e.7) Documentos emanados de terceros que es innecesaria su ratificación. Finalmente, debemos expresar que pudiera haber otros documentos emanados de terceros que en nuestro criterio no necesitarían ser ratificados a los fines de que el juez pueda otorgarle eficacia, como serían los depósitos bancarios mediante el uso de planillas que al efecto son suministradas por el Banco,⁴⁷ y las facturas de servicios domésticos o industriales prestados a la ciudadanía como el de suministro de electricidad, de telefonía, de agua, bien sea por entes públicos o privados, cuando se aspire a demostrar el consumo por la prestación de esos servicios o el pago que se haya efectuado por la utilización de ellos, en los que aparece el sello de la institución bancaria o del ente prestador del servicio.

En el caso de la facturas emitidas por los entes prestadores de servicios, deben cumplir con las exigencias de las providencias emitidas por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), mediante las cuales se establecen que las facturas deben consistir en formatos elaborados por imprentas autorizadas y las máquinas fiscales, lo que debe determinar el contribuyente, es decir, si está obligado o no a utilizar en forma exclusiva las máquinas fiscales como medio de impresión de facturas y otros documentos. Por ello, en el caso de las empresas públicas prestadoras de algún servicio, las facturas que emitan no constituyen documentos administrativos,

⁴⁶ En el juicio correspondiente al retardo perjudicial por temor fundado, regulado en los artículos 813 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se podría anticipar la declaración de testigos, por ejemplo, por tener el testigo una edad muy avanzada, por padecer alguna enfermedad terminal o porque posteriormente sea muy difícil su localización, como sería el caso de un marino, que por la índole de su trabajo están en constante movimiento.

⁴⁷ Actualmente, muchos de los depósitos en cuentas se hacen mediante transferencias bancarias, y se utiliza el mismo sistema para el pago de servicios.

sino documentos privados, al igual que las facturas emitidas por las empresas privadas que presten alguno de dichos servicios; pero, en ambos casos, dichas facturas son auténticas, en cuanto a que se conoce quien es su emisor, por lo que no habría duda alguna de quien es el autor de ellas. Además, las facturas deben contener las menciones establecidas en las resoluciones respectivas, en las que se indica, entre otros, además del número del contrato, el lapso de prestación del servicio, el titular del contrato, las características del consumo o de la prestación del servicio, la cantidad facturada; además, debe indicar si se cobra el impuesto del valor agregado.⁴⁸

Con respecto a las planillas de depósito bancario, con ellas lo que se persigue es comprobar que una suma de dinero ingresó en una cuenta determinada, lo que demostraría que el depositante (deudor) cumplió con la obligación asumida para con su acreedor, en unos casos; en otros casos, el depositante puede realizar el depósito como inversión, y lo que se trata de comprobar es que efectivamente se llevó a cabo la inversión, oportunidad y monto de ella; hay otros supuestos en que el depósito tiene como finalidad ser un instrumento de consumo sin tener que llevar dinero efectivo, para lo cual la Banca diseña planillas con ese propósito. Las planillas de depósito que se utilizan en nuestro país, tanto en instituciones públicas como privadas, no prevén la posibilidad de que se indique el motivo del depósito, y ello es así ya que la razón o el concepto del depósito es irrelevante para la Institución Bancaria que esté recibiendo la suma depositada, salvo en los casos en que la planilla tenga un propósito determinado, por lo que se usa ella específicamente. Por tanto, usualmente son los contratantes, quienes establecen en un convenio o acuerdo previo que se utilice esta forma de pago, con la finalidad de facilitar el cumplimiento del deudor a los compromisos asumidos para con el acreedor, es decir, que la entrega de sumas de dinero derivadas del pacto, se hagan mediante la consignación de la cantidad establecida en la cuenta indicada por el acreedor. Cuando el deudor consigna la cantidad estipulada en la cuenta del acreedor en una determinada Institución Bancaria, la Institución le suministra la planilla impresa, la que consta de dos ejemplares superpuesto uno al otro, con la exigencia de algunos datos necesarios para validar el depósito, tales como el lugar en que se efectúa, la fecha, identificación del depositante (nombre, apellido y número de cédula), señalamiento de la cuenta en la que se debe acreditar la suma que se deposita y la indicación de esta, con la

⁴⁸ Sobre el particular se pueden revisar la Providencia Administrativa Nro. 0071 del SENIAT, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 39.795 del 08 de noviembre de 2011 y la Providencia Administrativa SNAT72016/0122 de fecha 14 de diciembre de 2016.

especificación de que la cantidad que se entrega se hace en efectivo o mediante cheque y su totalización. Dicha planilla es llenada a mano por el depositante y en la medida en que lo hace se graba lo mismo en la planilla incorporada, por lo que se producen dos ejemplares idénticos; esta planilla exige la firma autógrafa del depositante, la que al estamparla también se copia en la planilla aneja. El cajero (receptor por parte del Banco) verifica parte de la información contenida en la planilla, a saber: a) El lugar y la fecha en que se efectúa el depósito; b) La cantidad a depositar, si es en billetes y monedas, totaliza el monto y verifica que corresponda a dinero de circulación; si es mediante uno o más cheques revisa su fecha de emisión, el beneficiario y el número de la cuenta, a fin de constatar que el cheque o cheques fueron emitidos a favor del beneficiario de la cuenta o de ser el caso esté endosado, por lo que debe corresponder el beneficiario del cheque con el cuentahabiente (salvo que sea al portador o por endoso en blanco), así mismo, verifica la coincidencia entre las cantidades expresadas en letras y guarismos en el cheque o cheques, a fin de determinar que coincide con lo expresado en la planilla de depósito. La razón de ello es que de inmediato valida la planilla de depósito en la que se imprime mecánicamente el nombre del beneficiario del depósito, la suma depositada y la fecha; y de manera manual estampa el sello de la Institución Bancaria, en el que también aparece la fecha de la operación, y procede a suscribir la planilla con su firma autógrafa.⁴⁹

En este caso por el sello de la entidad bancaria y por la validación de la máquina a la planilla, se tiene certeza de la fecha y las cantidades depositadas.

Por ello, estimamos que los servicios que, prestados por las empresas autorizadas para ello, supervisadas por entes oficiales, cuya facturación o depósitos deben llevarse con pulcritud, en las que se reflejan las operaciones efectuadas, se tiene certeza de quien es el autor, al igual que los vouchers o planillas de depósito, pensamos que sería innecesaria su ratificación.

Puede darse el caso de que existan otros entes que emitan documentos que, como en los ejemplos indicados, tampoco necesiten ratificación alguna por tener certeza de quien es su autor y lo que expresa su contenido.

⁴⁹ YANNUZZI RODRIGUEZ, S. Las tarjas. Boletín Nro. 156 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Enero – Diciembre de 2017.

CONCLUSIONES

- a) Los documentos que deben ser ratificados en el juicio, son los documentos privados que emanen de terceros ajenos al juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.
- b) Existen circunstancias en que es necesario aportar documentos emanados de terceras personas, ajenas al juicio, pero que tienen relevancia para la solución de la controversia planteada.
- c) Los autores de los documentos privados a ratificar pueden ser personas naturales o personas jurídicas.
- d) En el caso que una persona jurídica sea la autora de un documento privado, el interesado puede valerse de la prueba de informes para comprobar lo expresado en el documento.
- e) Las Salas Política Administrativa y de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia mantienen el criterio de la necesidad de ratificar el documento privado, emanado de tercero ajeno al juicio, para que se le pueda otorgar eficacia.
- f) El criterio de las aludidas Salas es correcto, si se interpreta literalmente el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil.
- g) La ratificación del documento privado por parte del tercero ajeno al juicio debe hacerse mediante la prueba de testigos.
- h) La valoración de esa prueba debe hacerse de conformidad con lo previsto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, como prueba de testigos.
- i) En el supuesto de que el testigo no pueda concurrir al tribunal, por estar en el extranjero, el juez podría acordar que la declaración se realice de manera síncrona.
- j) Es carga del interesado aportar el documento al juicio y promover el testigo, de manera oportuna.

- k) Se mantiene el criterio sustentado por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al vicio de silencio de pruebas, correspondiente a la prueba promovida y evacuada de manera parcial o incompleta, en el sentido de que el juez puede a su arbitrio, si le surgen elementos para ello, utilizar la prueba incompleta, pero de su silencio no se deriva el vicio de silencio de prueba.
- l) Pueden existir causas que impidan la ratificación del documento privado, no imputables a su promovente, pero si el documento es relevante para el establecimiento de los hechos, el juez puede otorgarle eficacia, de acuerdo con lo expresado en el literal precedente.
- m) En caso de imposibilidad de ratificación, el interesado debe aportar probanzas que permitan al juez correlacionarlas con lo declarado en el documento privado.
- n) Si el juez decide otorgarle eficacia al documento privado no ratificado, debe expresar las razones de su decisión.
- o) Las facturas emitidas por las empresas prestadoras de servicios domésticos e industrias, así como las planillas de depósito bancario, no necesitan ser ratificadas por sus autores, en virtud de que se conoce quien es el autor de ellas.

Bibliografía

- BREWER CARIAS, ALLAN. Consideraciones acerca de la distinción entre el documento público o auténtico, documento privado reconocido o autenticado y documento registrado. En Revista No. 23 de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Traducción Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo. Unión Tipográfica Editorial HispanoAmericana. Buenos Aires. Tomo II.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Víctor P. De Zavalía – Editor. Buenos Aires. 1981. Tomo II.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Sexta edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1996.
- RENGEL ROMBERG, Arístides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo IV.
- VIADA, Carlos – ARAGONESES, Pedro. Curso de derecho procesal penal. Madrid 1968. Tomo I.

YANNUZZI RODRIGUEZ, Salvador.

- El testigo en materia mercantil. Libro homenaje a Alfredo Morles. Tomo I. Ediciones UCAB. 2012.
- ¿Es necesario indicar lo que se pretende probar con el medio de prueba? Libro Homenaje Román Duque Corredor. III Jornadas Aníbal Dominici.
- Régimen procesal de la declaración como testigos de los altos funcionarios civiles, militares y eclesiásticos. En Revista No. 74 de la Facultad de Derecho de la UCAB.
- Las tarjas. Boletín Nro. 156 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Enero – Diciembre de 2017.

Páginas consultadas

<https://dle.rae.es/reconocer?m=form>

¿EFECTOS PSICOLÓGICOS Y SOCIOLÓGICOS EN LA VENEZUELA DEL SIGLO XXI?

Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero

Doctora en Derecho, 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

Este artículo es una propuesta para entender que la destrucción de un país -Venezuela- afecta principalmente a las personas que lo conforman y que ello determina ciertos patrones de conducta. En este artículo, por una parte, se describe en qué ha consistido la política sistemática de destrucción del país, a través de medidas que afectan en lo económico, político, jurídico, social, cultural, etc.; y por otra parte, cómo ello ha llevado a la degradación de los seres humanos y ha determinado ciertos patrones de conducta. En el caso específico del Derecho, consideramos que la situación de anomia actual o de hiper-regulación legislativa, según se vea, nos expone a patrones contrarios a la institucionalidad y respeto de la individualidad; y, en otros casos, se equiparan con una búsqueda pacífica y válida de soluciones desde el ámbito de lo privado.

Palabras clave: país, hiper-regulación, patrones de conducta, personas, compañías, banca.

PSYCHOLOGICAL AND SOCIOLOGICAL EFFECTS IN THE VENEZUELA OF THE 21ST CENTURY?

Abstract

This article is a proposal to understand that the destruction of a country -Venezuela- mainly affects the people who make it up and that this determines certain behavior patterns. This article, on the one hand, describes what the systematic policy of destruction of the country has consisted of, through measures that affect the economic, political, legal, social, cultural, etc.; and on the other hand, how this has led to the degradation of human beings and has determined certain behavior patterns. In the specific case of Law, we consider that the current situation of anomie or legislative hyper-regulation, depending on how it is seen, exposes us to patterns contrary to, and respect for individuality; and, in other cases, they are equated with a peaceful and valid search for solutions from the private sphere.

Keywords: country, hyper-regulation, behavior patterns, people, companies, banking.

INTRODUCCIÓN

«Para el chavismo, la transformación profunda del derecho venezolano debía venir acompañada de una forma de pensar que en parte guiara el proceso y en parte se nutriera de él, sistematizara sus contenidos y le diera base doctrinaria a su continuidad en el tiempo»¹.

La pregunta recurrente que se suele dirigir a cualquier venezolano en relación con su país, y que apunta a indagar respecto de qué se trata reconstruir a Venezuela, o bien, cómo le gustaría que se llevara a cabo dicha reconstrucción, es transformada por las autoras de este ensayo como ciudadanas de este país en su condición de venezolanas, en una interpelación personal que se dirigen a sí mismas. Y así la interrogante se reformula para transformarse en un: ¿Cómo nos mantenemos en pie, cómo nos reconstruimos en tanto personas luego de todo lo que hemos vivido, de todo lo que se no ha arrebatado? La destrucción de un país también supone en mayor o menor medida la destrucción (desmembramiento, desarraigo, desapego, desolación, pérdida de identidad) de las personas de dicha nación, incluso aunque ya no habiten en él.

Este ensayo se escribe como nuestra propuesta para entender que la destrucción de un país afecta principalmente a las personas que lo conforman y esa condición también determina ciertos patrones de conducta. Lo que nos proponemos es, por una parte, describir para sumar a las investigaciones precedentes, en qué ha consistido la política sistemática de destrucción del país, a través de medidas que afectan en lo económico, político, jurídico, social, cultural, etc.; y por otra parte, cómo ello ha llevado a la degradación de los seres humanos y ha determinado ciertos patrones de conducta.

En el caso específico del Derecho, nuestro campo de experticia, consideramos que la situación de anomia actual o de hiper-regulación legislativa, según se vea, nos expone a ciertos patrones de conducta determinados, los cuales, en algunos casos se muestran contrarios a la institucionalidad y respeto de la individualidad; o, en otros casos, se equiparan con una búsqueda pacífica y válida de soluciones desde el ámbito de lo privado. Esto último nos lleva a anticipar que existe una clara relación

¹ Francisco J. Delgado, *Chavismo y Derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017), 160.

entre la constatación de la destrucción real e institucional de nuestro país y la vehemente necesidad de preservar, aumentar y hasta de atesorar aquello que nos conecta con un momento más luminoso o esperanzador, permitiéndonos seguir adelante. En especial, para los que permanecen en Venezuela se trata casi de una necesidad, aunque también la alimentan los anhelos de los que se han ido.

Para afrontar esa hambre, esa necesidad, nos hemos propuesto escribir esta suerte de crónica a dos voces, desde la visión que tenemos como abogadas, por lo que inevitablemente será fragmentaria, subjetiva y parcial, -como lo es todo el conocimiento- con la esperanza de que nos permita entender un poco más aquello que fuimos y en lo que nos hemos convertido. Las palabras de Ana Teresa Torres son muy ilustrativas al respecto y nos sirven también a modo de advertencia sobre los límites de este análisis:

Si la memoria no es un museo que guarda incólume nuestro pasado, habría que entenderla como la recuperación fragmentaria de acontecimientos, situaciones, circunstancias, personas, espacios, experiencias, en los que nos detenemos porque algo nuestro se detuvo allí. De las infinitas posibilidades de la recuperación, elegimos aquellas que contienen una desarticulación traumática para nuestra identidad en el intento de restaurarla. En ese mapa, algunos hechos puntuales, que otros también reconocerán como ocurridos, se levantan como señales del transcurso temporal. Esas señales que podríamos calificar de colectivas son las que vinculan la memoria individual con el vasto campo de la memoria nacional².

De vincular justamente las huellas de nuestras vivencias y recuerdos con ese «vasto campo de la memoria nacional» e intentar que no se pierda del todo ese bagaje, trata este ensayo.

I. ¿Efectos psicológicos y sociológicos en la Venezuela del siglo XXI?

En el año 1999 el mexicano Jorge Volpi ganaba el premio Biblioteca Breve por *En busca de Klingsor*. También se trata del mismo año en que se dictó la «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela» con la cual se daría un presunto piso o sustento a la transformación del ordenamiento jurídico durante las siguientes dos décadas.

Aunque no parezcan guardar relación alguna entre sí, el lanzamiento de una novela de ficción representante del post-boom latinoamericano³, y el inicio -aunque electoral- de una dictadura que daría

² Ana Teresa Torres, *Diario en ruinas (1998-2017)* (Caracas: Editorial Alfa, 2018), 11-12.

³ En paralelo, concretamente en México se gestó un movimiento denominado el *Crack mexicano*, que incluía hasta un manifiesto público y la participación de seis escritores de ese país, incluido Volpi. El manifiesto expresaba la estética de su

lugar a una de las crisis políticas, económicas y humanitarias más graves de la región, en realidad sí la tiene, y mucha. Esa es la razón por la que acudimos, en primer lugar, a las intensas reflexiones de Volpi en su novela para tratar de explicar y explicarnos los terribles efectos que esta crisis ha dejado en nosotros.

Empecemos con nuestra aproximación al planteamiento de esta ficción que significó un cambio radical respecto de los cánones de la literatura latinoamericana para la época. Se trata de un ambicioso híbrido, en cuanto a la forma y al contenido. Ciertamente es una obra que muestra escenas típicas de las novelas policiales o de espías; refleja historias de amor, pasión e incluso lujuria; pero también se muestra como un ensayo con un excepcional esfuerzo documental sobre la física cuántica, la historia de la carrera de las potencias mundiales por conseguir crear la bomba atómica y los referentes culturales e históricos propios de la Segunda Guerra Mundial.

Pero la novela no se limita a esto. También constituye una propuesta filosófica y psicológica. Volpi se esmera en mostrar la constante tensión entre el bien y el mal, entre la ciencia y la moral. El autor mexicano recreó los debates en los que participaron los científicos del mundo sobre la invención de la bomba atómica. Aquél que lograra ganar esta carrera ganaba la guerra; pero, más allá de quien resultara vencedor, ya había un resultado que no podría ser cambiado, porque se pierde siempre cuando la consecuencia se traduce en millones de vidas sacrificadas.

El autor no se limita a este plano. También nos muestra cómo la destrucción moral de una época, en concreto una signada por una pavorosa guerra mundial, afecta psicológicamente a las personas, en este caso, a sus personajes principales⁴.

En primer lugar, tenemos aquí a Francis Bacon, teniente norteamericano a quien se le encargó la difícil misión de encontrar a Klingsor, nombre bajo el cual se identifica al científico colaborador de

literatura; por ejemplo, se trata de una literatura compleja y de mayor exigencia formal, estructural y cultural que la del llamado Post-boom; generalmente se trata de una narrativa dislocada o desubicada del espacio y tiempo mexicanos; se trata de experimentos lingüísticos y novelas polifónicas, no lineales, con varias voces narrativas (ver: «La generación del crack: Jorge Volpi», Literatura mexicana, acceso el 7 de agosto de 2022, <https://literaturamexicanaweb.wordpress.com/2017/11/14/la-generacion-del-crack-jorge-volpi/>). En busca de Klingsor refleja esta estética, por eso la fuerza de su narrativa y mensaje.

⁴ Ver: «La búsqueda de la verdad: En busca de Klingsor, de Jorge Volpi», *Esquisses.net*, acceso el 7 agosto de 2022, <http://www.esquisses.net/2014/03/la-busqueda-de-la-verdad-en-busca-de-klingsor-de-jorge-volpi/>, consultado el 7/08/2022.

Hitler. Bacon mantiene una relación oculta con Vivien -una mujer de raza negra- y también tiene una relación con Irene, a quien le revela su misión y es quien propicia la traición de Bacon a Gustav Links, otro de los personajes principales de la novela.

En segundo lugar, también se nos presenta a Links, quien funge de guía de Bacon en su búsqueda de Klingsor, personaje que en algún momento de la trama forma un triángulo amoroso junto con su mujer y la mujer de su mejor amigo. Él es uno de los narradores de la novela que cuenta la historia en los años 80, 1989 para ser exactos, año de la caída del Muro de Berlín. Lo hace recordando su pasado. Quienes han analizado la novela señalan que este tiempo no es escogido al azar por Volpi. Links recuerda la historia desde un sanatorio para enfermos mentales.

Volpi nos recrea todo un ambiente de destrucción moral de un país; de los nacionales de ese país e incluso de los que actúan en nombre de valores y principios que los asisten en la guerra contra esa nación. Nadie sale ileso de un conflicto de tales dimensiones, nos dice el autor a través de historias personales, aunque sean de ficción.

Es una novela con un planteamiento filosófico y psicológico que nos invita a la reflexión. Volpi lo hace a través de la ficción, pero podemos citar a otros autores, tales como Friedrich A. Hayek y Hans-Hermann Hoppe quienes lo analizan desde sus respectivas áreas de experticia.

A modo de ejemplo, vemos que en *Camino de servidumbre* Hayek señala que «Nuestra libertad de elección en una sociedad en régimen de competencia se funda en que, si una persona rehúsa la satisfacción de nuestros deseos, podemos volvernos a otra. Pero si nos enfrentamos con un monopolista, estamos a merced suya»⁵.

También Hayek denuncia que «Y si un camino para la consecución de nuestros fines nos resulta demasiado caro, tenemos libertad para intentar otros caminos (...) En una economía dirigida, donde la autoridad vigila los fines pretendidos, es seguro que ésta usaría sus poderes para fomentar algunos fines y para evitar la realización de otros. No nuestra propia opinión acerca de lo que nos debe agradar o desagradar, sino la de alguna otra persona, determinaría lo que hiciésemos»⁶.

⁵ Friedrich A. von Hayek, *Camino de servidumbre* (Madrid: Unión Editorial, 2008), 182.

⁶ Hayek, *Camino...*, 183.

Esta es la descripción de Hayek de una planificación centralizada de la economía, la cual puede darse en distintos grados. Pero lo importante que deseamos destacar aquí son los efectos que este tipo de restricciones generan en una persona. ¿Cuál es el comportamiento que deriva de las constantes restricciones?; ¿Cómo se traduce en el día a día de una persona ese camino a la servidumbre?; ¿Qué podemos esperar de una sociedad así de limitada o restringida?; etc.

Hayek escribió este libro en 1944 considerando lo experimentado durante el nazismo.

Más recientemente y de un modo más agresivo, por ser anarcocapitalista, Hans-Hermann Hoppe ilustra el efecto moral al señalar que:

... cualquier redistribución de dinero obtenido mediante impuestos es una transferencia de los productores de ingreso monetario y receptores contractuales de dinero hacia otra gente en calidad de no productores y receptores no contractuales de ingresos monetarios. Crear o elevar impuestos significa entonces que el ingreso monetario que se obtiene de la producción se reduce para el productor y se incrementa para gente en el papel de no productores y no contratistas. Esto cambia los costos relativos de producción con fines monetarios versus la no producción o la producción sin fines monetarios. En consecuencia, al ser percibido este cambio por la gente, ésta paulatinamente recurrirá más al consumo del ocio y/o la producción con fines de trueque, simultáneamente reduciendo sus esfuerzos productivos llevados a cabo utilizando dinero...⁷.

Continúa Hoppe advirtiéndole que:

... el socialismo socialdemócrata favorece roles no-productivos tanto como los productivos que escapan el escrutinio público y por tanto no pueden ser alcanzados por los impuestos, el carácter de la población cambiará en concordancia con ello. Este proceso puede ser lento, pero mientras esa estructura de incentivos peculiar establecida por las políticas redistributivas perdure, estará en operación constante. Tendrá lugar menos inversión en el desarrollo y mejora de las habilidades productivas personales, y como consecuencia, la gente se volverá progresivamente menos capaz de generarse ingresos por su cuenta, al producir o contratar. Y a medida que el grado de tributación aumente y el círculo de ingresos gravados aumente, la gente gradualmente desarrollará personalidades tan inconspicuas, tan uniformes y tan mediocres como sea posible –al menos en lo que concierne a la apariencia pública⁸.

⁷ Hans-Hermann Hoppe, *Libertad o Socialismo* (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2009), 72. CITA EN PDF.

⁸ Hoppe, *Libertad...*, 77.

Las medidas económicas no se quedan sólo en ese ámbito ni en lo más evidente, como acertadamente nos recordaban Bastiat y Hazlitt⁹. Tienen una trascendencia en todos los aspectos de la vida del ser humano. Es por ello por lo que nuestra intención es ilustrar lo que poco más de dos décadas de medidas económicas con fines meramente políticos e instrumentales ha infligido en el ánimo del venezolano en ámbitos que van más allá de la crisis humanitaria actual.

Consideremos que para que una Nación, cualquier Nación, aspire a un mínimo de permanencia y dignidad es crucial que existan un conjunto de valores o formas de conducta que la mayoría de ciudadanos y autoridades cumplan, a fin de hacer viable la convivencia colectiva. El profesor Delgado ha destacado su relevancia «desde los inicios del pensamiento jurídico, pero incluso en las sociedades más evolucionadas hay que reiterar permanentemente que sin una estricta aceptación de lo que exigen (esos valores o formas de comportamiento) no es posible mantener en pie la estructura del sistema de instituciones»¹⁰.

Este tema no es menor y también diríamos que no es nuevo. Casi al momento en que Chávez irrumpió en la escena nacional –desde su inolvidable «por ahora los objetivos no han sido alcanzados» en 1992, pasando por su candidatura presidencial hasta su toma de posesión del cargo- ha sido objeto de análisis desde los más distintos ángulos.

Sólo a título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivas podemos mencionar: Las crisis de la Venezuela contemporánea (1998) de Manuel Caballero; Estado mágico. Naturaleza, dinero y modernidad en Venezuela (2002) de Fernando Coronil; Lluvia (2005) de Victoria de Stefano; Chavez sin uniforme (2005) de Alberto Barrera T. y Cristina Marcano; Venezuela, el país que siempre nace (2008) de Gisela Kozak; La herencia de la tribu. Del mito de la independencia a la revolución bolivariana (2009) de Ana Teresa Torres; La rebelión de los naufragos (2010) de Mirtha Rivero; El chavismo como problema (2010) de Teodoro Petkoff; En rojo (2011) de Gisela Kozak Rovero; Apaciguamiento (2012) de Miguel Ángel Martínez Meucci; Caracas muere (2012) de Héctor Torres;

⁹ Alude Hazlitt a esa «persistente tendencia de los hombres a considerar exclusivamente las consecuencias inmediatas de una política o sus efectos sobre un grupo particular» que él denominó la falacia que pasa por alto las consecuencias secundarias, y que debe su estructura argumentativa al célebre ensayo de Frédéric Bastiat *Lo que se ve y lo que no se ve (Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas)*, como es reconocido expresamente por el autor americano. Henry Hazlitt, *La economía en una lección* (Madrid: Unión Editorial, 2018), 50.

¹⁰ Francisco J. Delgado, *La reconstrucción del derecho venezolano* (Caracas: Editorial Galipán, 2012), 22.

Simón Bolívar: Esbozo biográfico (2016) de Elías Pino Iturrieta; Sufrimiento psicosocial del siglo XXI: Venezuela la Revolución (2018) de Yorelis J. Acosta; El suicidio de Venezuela. Lecciones de un estado fallido (2019) de Moisés Naim y Francisco Toro; entre tantos otros.

Historiadores, escritores, politólogos, abogados, periodistas han tratado de pensar y abordar la Venezuela del siglo XXI. Por ejemplo, Yorelis Acosta con su investigación desde la psicología social describe el siguiente ambiente:

En relación al clima social y afectivo del país es negativo (...) La queja es colectiva, los venezolanos solo hablan de la crisis, de la comida, de la escasez, del sufrimiento de no tener. Esto ha moldeado nuestro comportamiento, nuestra agenda diaria, nuestro pensamiento e incluso nuestra capacidad de soñar dormidos y despiertos.

Experimentamos emociones desconocidas. Además del miedo, la rabia, la tristeza, la desesperanza anidada en muchos, se reportan ahora emociones como el aturdimiento, la anestesia, la perplejidad, la incomprensión de lo que nos sucede, la vulnerabilidad ante los hechos, el duelo intenso por los que se han ido, por las familias fracturadas por una ola de emigración nunca antes vista en la historia del país. Por el contrario Venezuela siempre fue receptora de diferentes ciudadanías...¹¹.

Desde una visión sociológica, Isabel Pereira señala las condiciones –perfectas- en las que Chávez consigue al país para arremeter contra él. Pereira afirma: «Chávez aparece en medio de estas turbulencias: un Estado poderosísimo, dueño de casi todo, un liderazgo empresarial representado fundamentalmente por los sectores protegidos con recursos fiscales y una fuerte explosión de problemas sociales derivado del fracaso económico del Estado patrimonialista. Las clases sociales reclamaban beneficios que creían merecer por su nacionalidad sin que este reclamo tuviese nada que ver con la valoración del esfuerzo que los distintos sectores aportarían al desarrollo del país»¹². Estas eran las condiciones del país en 1999, entonces imaginemos las circunstancias actuales.

Nuestra intención, en suma, no es reiterar lo ya escrito. Pero sí deseamos aportar nuestra contribución, desde un enfoque propio. Como abogadas y en ejercicio de la profesión durante estas dos décadas hemos sido testigos y víctimas de la transformación (y destrucción) del ordenamiento jurídico para sostener un poder arbitrario e ilegítimo.

¹¹ Yorelis Acosta, Sufrimiento psicosocial del siglo XXI: Venezuela y la Revolución, en *Revista Investigación Psicológica*, No. 19 (jun), acceso en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2223-30322018000100009&script=sci_arttext, el 7 de agosto de 2022.

¹² Isabel Pereira, *La quiebra moral de un país. Hacia un nuevo contrato social* (Caracas: Artesano Editores-Cedice Libertad, 2013), 104.

También hemos sido testigos y víctimas del entramado constitucional y legal de una serie de medidas económicas dictadas e impuestas con fines políticos. Hoy presenciamos una de las peores crisis políticas, económicas y humanitarias de la región, al punto en el que algunas investigaciones apuntan a la comisión de crímenes de lesa humanidad a través de la destrucción sistemática de la propiedad con aquiescencia y complicidad del Poder Público¹³.

Así como advertiría Volpi en su novela; Hayek en su libro político y Hoppe en su libro histórico-económico: la imposición de este tipo de medidas trasciende a la esfera más íntima del individuo afectando su psique y su conducta.

Tan sólo imaginen el impacto para un país y para cada uno de sus habitantes ante esta escena, verídica y transmitida en vivo y por todos los canales de televisión en aquel momento:

Estamos en el Congreso (hoy Asamblea Nacional), Marisabel va peinada con moño Grace Kelly (seguimos en los 50); el presidente electo, después de haber hecho saludos y morisquetas desde su asiento, recoge las manos en oración cuando terminan las palabras del presidente del Senado, finalmente se levanta para jurar la Constitución y, en vez de pronunciar la fórmula de rigor, dice:

Juro delante de Dios, juro delante de la patria, juro delante de mi pueblo que, sobre esta moribunda Constitución, haré cumplir, impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la república nueva tenga una carta magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro.

(...)

Me parece ver el asombro en los rostros de algunos viejos senadores que ese día han quedado fuera del juego, no sé por qué recuerdo la expresión de Canache Mata, senador por AD, y pienso, alguien va a hacer algo. Alguien va a decir que el presidente electo no se ha juramentado, no ha jurado la Constitución; por el contrario, ha dicho frente a todo el pueblo de Venezuela que la Constitución por la cual ha sido electo no está vigente y que la que vale es la nueva, que todavía no existe...¹⁴.

Con este recuento iniciamos el trabajo de exponer las distintas etapas de destrucción del ordenamiento jurídico venezolano y las conductas y comportamientos que acompañaron las medidas dictadas en cada una de esas etapas.

¹³ Ricardo M. Rojas y Andrea Rondón García, *La supresión de la propiedad como crimen de lesa humanidad. El caso Venezuela* (Buenos Aires: Unión Editorial Argentina, 2019).

¹⁴ Ana Teresa Torres, *Diario en ruinas (1998-2017)*, (Caracas: Editorial Alfa, 2018), 24-25.

Imaginen la escena anterior repetida en múltiples momentos, con intensidad de menor a mayor y de mayor a menor, o como el capricho del régimen así lo determinara, a lo largo de más de dos décadas a tal punto que se ha llegado a proponer en el ámbito académico la Reconstrucción del Derecho, título del libro escrito por el profesor Francisco Delgado en el año 2012 el cual ya hemos citado anteriormente. Y como el mismo afirma: «Quien plantea reconstruir el derecho venezolano reconoce por necesidad el estado ruinoso de su condición presente»¹⁵. Y complementa el aserto anterior señalando que “Del derecho venezolano puede decirse que se encuentra hoy gravemente enfermo. Se manifiesta ante los ojos de quien pretende estudiarlo como una masa caótica e incomprensible»¹⁶.

Pero ¿puede reconstruirse el Derecho sin reconstruir al país, sobre todo si hablamos de esa «masa caótica e incomprensible»? ¿puede reconstruirse el Derecho y el país sin reconstruirnos primero?

Este último planteamiento ha sido objeto de constante reflexión en muchos de nosotros y desde distintos ámbitos, espacios, perspectivas. Recientemente la escritora y poeta Jacqueline Goldberg publicó su libro *Ochenta días en Iowa*, cuaderno de inapetencias, relatando su experiencia en un programa para escritores en el año 2018.

A partir de esas vivencias, Goldberg proponía un neologismo, *paisorexia*. Pero antes de definirlo la autora nos ubicó en su –nuestro- contexto:

Puedo intuir que mi inapetencia nació en Venezuela en una fecha que situaría alrededor de 2014, año de protestas, asesinatos, empeoramientos, claudicaciones. Año en que el régimen no pudo sostener más el populismo que venía pontificando desde el año 2003. La bonanza petrolera alcanzó hasta el 2010 y ni siquiera las docenas de Misiones creadas para proveer alimentación y vivienda fueron suficientes para detener la debacle. El desabastecimiento de aquel 2014 se transformó en escasez en 2016, hambre en 2017, desnutrición en 2018, crisis alimentaria en 2019, catástrofe humanitaria en 2020, razón de ayuda alimentaria internacional en 2021¹⁷.

¹⁵ Torres, *Diario...*, 7.

¹⁶ Torres, *Diario...*, 7.

¹⁷ Jacqueline Goldberg, *Ochenta días en Iowa. Cuaderno de inapetencias* (Caracas: Editorial Eclipsidra, 2022), 203.

Para cada uno de esos años podemos citar, -a modo de contrapunto- un hito legal que ha contribuido a la transformación, -en realidad destrucción- de lo que es hoy nuestro ordenamiento jurídico:

2010

El control de precios generalizado

El Presidente de la República con apoyo en la Ley Habilitante que se le otorgó en diciembre de 2010, dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos, que a diferencia de los textos normativos anteriores, no establecía limitaciones, prohibiciones, obligaciones y controles previos en casos determinados, mecanismos de supervisión y sanciones en caso de infracciones, que, desde el punto de vista técnico, es lo que debe contener una regulación, sino que estableció potestades y atribuciones sin límites al órgano encargado de ejercerlas para que sea éste, y no los oferentes y los demandantes, quien determine en cualquier caso de producción y comercio de bienes y servicios cómo, cuánto, dónde y a qué costos y precios se podrá realizar esa actividad.

2014

Los expolios legales a transnacionales

Mediante Resolución DM/N° 074 del 29 de octubre de 2014, el Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo, con fundamento en el artículo 149 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras ordenó “La ocupación inmediata de la entidad de trabajo Clorox de Venezuela S.A.” y designó una Junta Administradora Especial.

Esta medida fue decretada inmediatamente después que la compañía anunciara la paralización de sus operaciones por las difíciles e inciertas condiciones del país, que como veremos, afectan a toda empresa que ejerce actividades económicas en Venezuela.

2016

En diciembre de 2015, por primera vez en mucho tiempo, la contienda electoral favorecía a los partidos de oposición, en este caso sería para la elección de los diputados de la Asamblea Nacional. En enero de 2016 se elige como Presidente de la Asamblea Nacional a Ramos Allup, dirigente del partido Acción Democrática, uno de los partidos de oposición.

Andrea I. Rondón García y Nasly Ustáriz Forero

Este año se vislumbraba como la recuperación del Poder Legislativo Nacional y, tal vez, como el freno de la transformación del ordenamiento jurídico iniciada años atrás. Pero lo cierto es que ese año se declara el estado de emergencia económica por decreto presidencial¹⁸ que otorgaba amplias facultades al Presidente de la República y dejaba prácticamente sin competencias a la Asamblea Nacional. Una jugada en la que el Chavismo se ha ido haciendo experto.

2017

Asamblea Nacional Constituyente

(2017-2020)

Inicialmente encargada de redactar una nueva Constitución, no debe olvidarse que tenía un carácter inconstitucional e ilegítimo porque fue resultado de unas elecciones que no fueron solicitadas y que en el ámbito internacional fueron consideradas como fraudulentas.

También debe insistirse que esta Asamblea desde su instalación hasta su fin ejerció competencias que le correspondían a otros poderes ya constituidos como es el caso de la Asamblea Nacional. Sus actuaciones, destinadas a dismantelar las instituciones republicanas, deben ser consideradas nulas.

2021

Ley Antibloqueo

El 8 de octubre de 2020, la Asamblea Nacional Constituyente, aprobó sin mayor debate la «Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos»¹⁹ y el 12 de octubre se publicó en la Gaceta Oficial No. 6.583 Extraordinario.

La Ley Antibloqueo constituye una nueva etapa en la política de destrucción de la propiedad privada porque permite «inaplicar» las pocas disposiciones legales y sub-legales que sirven de garantía para el ciudadano; otorga excesivas potestades al Ejecutivo Nacional y el traspaso de las empresas de lo público a lo privado ocurre en secreto y reserva.

¹⁸ Gaceta Oficial No. 6214 Extraordinaria del 15 de enero de 2016.

¹⁹ Ver: «Asamblea Nacional aprueba Ley Antibloqueo», Efecto Cocuyo, acceso el 7 de agosto de 2022, <https://efectococuyo.com/politica/asamblea-nacional-constituyente-aprueba-ley-antibloqueo/>.

Bajo el amparo de esta Ley Antibloqueo desde el año pasado se han auspiciado una serie de «privatizaciones» que no tienen tal carácter. Esta Ley, junto con otros factores, ha contribuido a crear un ambiente de falsa recuperación del país que incluso ha dificultado continuar con la denuncia de lo que sigue siendo hoy el proceso de destrucción del país.

Finalmente, como contrapunto del listado precedente, volvemos a Goldberg quien define *paisorexia* como:

Síndrome... persistente inapetencia con consecuencias fisiológicas o no, producto del contacto cognitivo con la noción de país y su crisis socioalimentaria. Un daño o maltrato infligido por el Estado a la psiquis de los venezolanos que a diario nos topamos con el hambre propia o ajena, ya como inherente a la realidad, sea que vivamos en territorio nacional o como turistas en tierras lejanas. Es una huella generada por el país, que va de lo social y colectivo a lo individual, que se construye como situación histórica. Trauma psicosocial –siguiendo a Martin Baró– en el que la herida que afecta a una persona tiene raíces en la sociedad y no necesariamente en la persona²⁰.

Como síndrome, la propuesta es mucho más amplia. No necesariamente es la intención de la autora, pero su cuaderno de inapetencias nos ha invitado a la reflexión y a que identifiquemos los síntomas de esa *paisorexia* desde cada uno de nuestros espacios.

Desde la psiquiatría podemos encontrar opiniones de expertos que avalan el sentir de Goldberg. En medio de la idea-burbuja reflejada en la trillada y engañosa frase «Venezuela se arregló», algunos estudios recientes muestran el tránsito en el ánimo del venezolano. De la rabia (sentimiento activo) que se instaló en 2017 producto de una crisis humanitaria descomunal y la pendiente devastadora del proceso hiperinflacionario, que impedían un control mínimo sobre su propia economía, a lo que se aprecia ahora, un sentimiento pasivo de resignación, de acomodo propio de aquellos cuya propia sobrevivencia está en cuestionamiento.

Es así como la psiquiatra Rebeca Jiménez, especialista en Neuroinmunología y Medicina Cuántica señala que: «En poco más de un año el venezolano ha modificado su estado emocional. De la rabia que en 2017 desató la convicción de que la crisis le arrebatara su capacidad de administrar sus

²⁰ Goldberg, *Ochenta días...*, 229.

ingresos y su futuro, pasó ahora a la resignación, al estado *burnout* o síndrome de estar quemado, generado por el estrés y que implica cansancio y rendición no solo ante la crisis económica, sino también ante los deteriorados servicios públicos. Un cambio patológico que el gobierno ha causado»²¹.

Para las autoras del presente ensayo ese cambio patológico, esa *anomalía*, como bien lo han calificado y denunciado abundantemente diferentes profesores en nuestra disciplina²², también ocurrió en lo jurídico.

Sin traicionar el pensamiento liberal a través del cual se insiste que el Derecho es una institución evolutiva; que las reglas para vivir en sociedad son acuerdos para satisfacer nuestras necesidades y alcanzar nuestros objetivos; que la Ley no son mandatos ni directrices; sí pensamos que la destrucción del ordenamiento jurídico, seguido de un estado de anomia y luego de hiper-regulación legislativa, ha afectado nuestra psique y determina en buena medida nuestra conducta, lo cual aplica para los que adversamos al régimen, los que lo apoyaron e incluso hasta para los indiferentes. Es prácticamente inevitable.

No es nuestra intención hacer un análisis psicológico y sociológico del venezolano hoy en día pero sí establecer un hilo conductor entre las medidas impuestas y el patrón de conducta que se deriva de ellas, porque sus efectos no sólo se quedaron en el bolsillo indigente del venezolano o en la nevera vacía. Así como se va destruyendo un país poco a poco, así se va destruyendo a un ser humano de forma gradual.

La intención de este relato con soporte documental es advertir la conexión entre la causa y el efecto para que el dolor que deriva de esos fundamentos se transforme en aprendizaje y se modifiquen esas conductas que resultaron de esa aflicción. Si no se identifica dicha causa ni la relación entre ella y comportamiento no será posible aprender de las experiencias vividas ni lograr nuestra reconstrucción como personas ni como país.

²¹ Ver: «Al venezolano lo han desmontado emocionalmente», Reporte Católico Laico, acceso el 7 de agosto de 2022, <https://reportecatolicaico.com/2022/05/14/al-venezolano-lo-han-desmontado-emocionalmente/>.

²² Al respecto, el profesor Morles Hernández dedicó un ensayo completo a listar eso que consideró como anomalías regulatorias en el ámbito financiero. Al respecto ver:

Alfredo Morles Hernández, «Las anomalías de la regulación venezolana de los servicios financieros», en *Libro Homenaje a Clarisa Sanoja* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad del Zulia, 2013).

II. Efectos psicológicos y sociológicos en distintos ámbitos del Derecho Privado

II. a Sobre las sociedades mercantiles

La transformación (en realidad destrucción) del ordenamiento jurídico se ve en todas las áreas del Derecho. En esta primera parte de este segundo capítulo la dedicamos a exponer un aspecto en particular de las sociedades anónimas. Hay muchos más de los aquí descritos, pero nos enfocaremos en uno de los más llamativos e invitamos al lector a hacer el ejercicio de escoger cualquier reforma legislativa de los últimos años para identificar el efecto psicológico y sociológico de dicha modificación.

Decidimos empezar por abordar la regulación del capital social porque desde el año 2001 se ha convertido en un expolio. Recordemos que el expolio es el despojo de la propiedad sin las debidas garantías constitucionales y tal como advirtiera Frédéric Bastiat²³ este despojo en muchos casos tiene fundamento legal, es decir, un expolio legal.

Comencemos por señalar que una lectura apresurada sobre la situación actual del Derecho en Venezuela llevaría a afirmar que el Derecho Público ha sido completamente destruido a través de una severa reforma legislativa a lo largo de los últimos 20 años y el Derecho Privado, aunque también afectado, lo ha sido quizá en menor medida, -al menos en lo formal- si nos circunscribimos al hecho de que se han mantenido sus legislaciones principales intactas.

No obstante lo anterior, con relación al Código de Comercio, que es el estatuto general de las sociedades mercantiles y que data de 1955²⁴, en el tema del capital social, debe advertirse que su regulación fue sustituida por la Ley de Registros y Notarías²⁵ y por las resoluciones del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (en adelante SAREN).

²³ Frédéric Bastiat, «La Ley», en: *Obras escogidas*, ed. Francisco Cabrillo (Madrid: Unión Editorial, 2012), 181-234.

²⁴ Aunque recordemos que la reforma de 1955 fue solo parcial, por lo que excepto por los aspectos puntuales en ella recogidos, en realidad estamos ante un código con mucho de decimonónico.

²⁵ Gaceta Oficial No. 6.668 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021. Para evitar confusión nos referiremos a la ley que regula la organización de los Registros y Notarías como Ley de Registros y Notarías. Esta advertencia la hacemos por los distintos nombres que ha tenido a través de las distintas reformas. Es importante destacar que en todas las reformas existe el mismo problema sobre el capital social e incluso se agrava en las últimas reformas. Así tenemos: Decreto N° 1.554 con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado (*decreto presidencial de 2001*); Ley de Registro Público y del Notariado (dictada por la Asamblea Nacional en 2006); Decreto con Rango, Valor y Fuerza de *Ley de Registros y*

Revista de la Facultad de Derecho N° 76.

2022-2023

ISSN: 2790-5152

Ahora bien, como señalamos en los párrafos anteriores, efectivamente ha ocurrido una expoliación legal a los accionistas de las sociedades mercantiles y ello ha sido a través de las resoluciones del SAREN dictadas con fundamento en el artículo 57, numeral 1 de la Ley de Registros y Notarías, que establece lo siguiente:

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:

1. Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, 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.

Para que se entienda la magnitud del cambio, consideramos necesario, en primer lugar, destacar las características del Código de Comercio, que aunque en algunas instituciones debe ser revisado y actualizado, se verá que la filosofía que lo inspiró es compatible con la autonomía de la voluntad y con el derecho de propiedad; en segundo lugar, advertir que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y Notarías de 2001 y sus sucesivas reformas -siendo la última la de 2021- es totalmente contrario a la filosofía que inspiró el Código de Comercio afectando gravemente los derechos de propiedad de los accionistas y finalmente, resumir la actual situación de expolio legal en esta área.

Nuestro Código de Comercio actual

Aunque con el fenómeno de la descodificación muchas disposiciones que regulan la actividad del comerciante se encuentran en leyes especiales, se podría afirmar que el estatuto general del comerciante se conserva en el Código de Comercio. En Venezuela, tanto el Código de Comercio como el Código Civil constituyen las leyes representativas del Derecho Privado, y en ambas están presentes los principios del liberalismo de los siglos XVIII y XIX.

del Notariado (*decreto presidencial de 2014*); Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado (dictada por la Asamblea Nacional en 2021).

Desde los fundadores de la filosofía liberal como Locke, Smith, Hume, entre otros, hasta los liberales más recientes como Hayek, Mises, Buchanan y Rothbard, se ha sostenido y se defiende que los seres humanos son libres y para que dicha libertad esté garantizada, es necesario que su actuación no se obstaculice arbitrariamente y que los únicos límites que se fijen sean ante los abusos y los delitos²⁶.

La influencia de las ideas liberales de los siglos XVIII y XIX estuvo presente desde el primer Código de Comercio del 15 de febrero de 1862²⁷ hasta el actual que data de 1919, con sucesivas reformas en 1938, 1942, 1945 y 1955²⁸.

Por ejemplo, el Código de 1904 significó un cambio importante respecto de la jerarquía de las fuentes en materia de sociedades²⁹ y que se mantiene en el artículo 200 de nuestro Código al establecer que las sociedades mercantiles «Se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones de este Código y por el Código Civil»³⁰.

Las disposiciones del Código de 1904 se mantienen en gran medida en el Código de 1919, salvo en ciertas materias como sociedades mercantiles, letra de cambio, cuenta corriente bancaria, entre otros³¹. Las reformas del Código de 1919 en 1942, 1945 y 1955 fueron aún más puntuales.

Podría decirse que las corrientes filosóficas predominantes durante la redacción del Código de 1904 y que permanecen en los Códigos y reformas posteriores, se mantienen en nuestro Código de Comercio actual y se caracterizan por:

²⁶ En este sentido ver uno de los representantes de esta corriente del siglo XX: Friedrich von Hayek, *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo* (Madrid: Unión Editorial, 1997).

²⁷ En las principales recopilaciones legislativas se omite la referencia a este Código de Comercio y se indica como el primero el Código del 29 de agosto de 1862, lo cual ha causado cierta confusión que ha referido la doctrina. Los cambios son insignificantes y al día de hoy no existe explicación de la sanción de este segundo Código. Sobre este particular ver: Héctor Grisanti Luciani, *Antecedentes de nuestra legislación civil y mercantil* (Caracas: 2002), 18-20; Alfredo Morles Hernández, «Evolución Histórica y tendencias mercantil venezolana», en: *Centenario del Código de Comercio*, ed. por Instituto de Investigaciones Jurídicas (México: Universidad Autónoma de México, 1991), 273-306.

²⁸ Morles Hernández, «Evolución...», 288.

²⁹ Sobre los orígenes y particularidades de este Código, véase Héctor Grisanti Luciani, «Historia del Código de Comercio de 1904», en *Revista de Control Fiscal No. 110* (Caracas, 1983), 39-52.

³⁰ José Loreto Arismendi, *Código de Comercio venezolano* (Caracas: P. Valery Rísquez & C.A., 1909), 54.

³¹ Gonzalo Parra Aranguren, «Antecedentes históricos del Código de Comercio», en *Código de Comercio de Venezuela* (Caracas: Ediciones Legis S.A., 1975), 11-18.

- El principio de la autonomía de la voluntad de las partes priva en la regulación de las relaciones (por ejemplo el artículo 200 del Código de Comercio).
- Se reconoce la intervención del Estado para verificar el cumplimiento de los requisitos de constitución del comerciante colectivo, lo cual es en beneficio de los accionistas y de terceros (por ejemplo el artículo 200, párrafo único del Código de Comercio).
- Las normas de orden público son la excepción, varias de ellas están destinadas a que se evidencie la realidad financiera de la compañía en aras de informar a los accionistas y a los terceros que deseen contratar con la compañía (por ejemplo la regulación sobre la contabilidad mercantil, artículos 32, 33 y siguientes).
- Son escasas las regulaciones de la propiedad privada y las que existen son para proteger a terceros y a los accionistas en el caso del comerciante colectivo (por ejemplo los artículos 244 y 264). En este punto nos atrevemos a ser categóricas al decir que la mejor regulación es la que no existe.

Ley de Registros y de Notarías

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y de Notarías 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.

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 1953³². De igual modo, también se aplicaban por analogía algunas disposiciones de la Ley de Registro Público, específicamente en materia de la función calificadora.

En este punto, destaca la posición de Morles Hernández que afirmaba lo siguiente:

«El límite de las potestades calificadoras del Registrador Mercantil venezolano se ubica en el análisis de la capacidad de los otorgantes y el de las formas extrínsecas de los actos. No podrían extenderse

³² Roberto Goldshmidt, *Curso de Derecho Mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Roberto Goldschmidt, 2008), 134-135.

hasta la calificación de la validez del acto contenido en el documento, porque tal potestad es contraria a la naturaleza del sistema de transcripción que caracteriza al régimen venezolano»³³.

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 en el cual se regularían en un solo texto las materias relacionadas con el registro inmobiliario, el registro mercantil, el registro civil y las notarías.

Con la Ley de 2001 y sus sucesivas reformas, lamentamos advertir que nada tienen de mínimas las facultades de control que se le otorgan al Registrador Mercantil.

Para el caso del capital social, ello constituye 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 por el Registrador Mercantil, en un principio, y luego por el SAREN con la regulación vigente.

Con la Ley de Registro Público y del Notariado de 2001 se verá por primera vez 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 perfectas 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 su objeto social.

Aunque esta disposición ha sido defendida por un respetado sector de la doctrina³⁴, no deja de contemplar la posibilidad de intromisiones indebidas (que terminen por dirigirla) a la autonomía de los accionistas y es una regulación que, cabe también interpretar, parte de la mala fe de los accionistas y

³³ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998) 372.

³⁴ Alfredo Morles Hernández, *Cuestiones de Derecho Societario* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006), 214-215.

está destinada a regular más bien una patología como son las sociedades de capital insuficiente que es una característica de nuestro sector privado³⁵.

También podría ahondarse en otro aspecto igualmente delicado. La Ley de Registros y Notarías es básicamente una ley especial de procedimientos. ¿Cómo es posible que siendo una ley de procedimientos, destinada a regular la organización de los Registros y de las Notarías, se desvíe a regular temas societarios de fondo que sólo incumben a los accionistas? Es una desnaturalización de la función calificadora que se tiene pensada para el Registrador venezolano.

Esta regulación de 2001 constituía 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 reforma de 2014 y ratificada en 2021, 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 de Notarías termina con la 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».

Instrucciones del SAREN y las políticas de Estado

Hemos afirmado que el Código de Comercio se mantiene vigente en lo formal. Pero lo cierto es que las resoluciones del SAREN han alterado enormemente la dinámica societaria. No debe olvidarse que en el año 2014, el SAREN dictó el «Manual que establece los Requisitos Únicos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocios Jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y Notarías» y que, violando el principio de legalidad, agrega exigencias que no dispone el Código de Comercio³⁶. Esto definitivamente debe ser expuesto y analizado.

³⁵ 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.

³⁶ Gaceta Oficial No. 40332 del 13 de enero de 2014.

Otro aspecto que igualmente cambió es el ya mencionado de un capital mínimo requerido para constituir una compañía anónima, que en la práctica se tradujo en estos obstáculos:

- Al momento de constituir una compañía, debe consultarse previamente cuál será el capital social mínimo exigido por ese Registro Mercantil concreto, porque si el aporte es en dinero, se convierte en una verdadera pesadilla burocrática con los bancos hacer nuevos aportes para la cuenta de la compañía en formación (a título de ejemplo, se debe tramitar otra certificación bancaria del nuevo aporte).
- Los Registros Mercantiles también exigieron ese mínimo capital social para los aumentos del capital social de las compañías que ya estaban constituidas.
- Los accionistas tienen que evaluar la oportunidad para modificar la cláusula del objeto social porque definitivamente el Registrador Mercantil les exigirá adecuar el capital social. El Registro Mercantil en este caso impone que se tomen decisiones que inicialmente los accionistas no tenían previstas.

Los cuentos kafkianos podrían continuar, y de hecho, son interminables.

El más reciente exceso que podemos documentar lo constituye la Circular del SAREN DG-N-00463 DSR-No. 028 del 3 de julio de 2019 en el que el organismo fijó de manera «referencial» los montos mínimos para la constitución de sociedades anónimas. Se trata de montos que al cambio, algunos alcanzan sobre los ocho mil dólares de los Estados Unidos de América. Todo ello en medio de una economía depauperada e hiperinflacionaria como la venezolana.

La disposición de 2001 así como la vigente de 2021 que otorga estas facultades de control al Registrador invocan el uso de criterios de «razonabilidad relacionados con el objeto social», pero lo cierto es que están todos los incentivos para no aplicar dichos criterios. Sólo por mencionar alguno de dichos incentivos, debe recordarse que en los casos de aumento del capital social debe pagarse un impuesto que está determinado por el monto del aumento, entonces, ¿se puede afirmar que en estos casos no media ningún tipo de interés para el Registrador o por el contrario es perfectamente capaz de ser razonable?

En la práctica el resultado se traduce en una menor intención de constituir nuevas compañías, al menos formalmente; se obstaculiza enormemente la expansión y desarrollo de las ya constituidas; y la escasa actividad económica que subsiste, lo hace al margen –vía de hecho- de los Registros Mercantiles.

También se ha observado en los últimos años un resurgir de las firmas personales, opciones más sencillas que las compañías anónimas y que al mismo tiempo facilitan la contratación entre particulares hoy en día.

En los últimos años hemos visto compañías sin aprobar balances por muchos años y sin aumentar capital social. Estas actualizaciones y seguimientos propios de un giro societario usual, además de ser una condición prevista en el Código de Comercio, se hacía indispensable por exigencias de la banca quien al ser el sector de más intensa regulación, debía demandarlo de forma obligatoria a sus clientes con el fin de poder otorgar líneas de crédito, préstamos, pagarés u otras modalidades crediticias. No obstante, al asfixiarse la opción crediticia siguiendo los planes de política monetaria del gobierno y del Banco Central de Venezuela, cuya consecuencia fue la reducción de los créditos al mínimo, desapareció esta necesidad «formal» de mantener actualizadas a las compañías.

Como solemos comentar con frecuencia: el mercado se abre camino. Siempre aludimos esta frase de los chilenos Roberto Ampuero y Mauricio Rojas cuando describen la economía chilena en los años de Allende. Esto no significa que aplaudimos la informalidad o la adaptación. Ciertamente el mercado se abre camino, pero, según sean las condiciones puede hacerlo de la peor forma.

II. b Sobre la banca

Esta parte amerita una breve explicación de cómo ha sido comprendido nuestro sistema financiero, y en un sentido más amplio, nuestro sistema económico. Es así que, como ha puesto de relieve la doctrina venezolana³⁷, incluso bajo la vigencia de la anterior Constitución venezolana de

³⁷ Al respecto véase: Ignacio De León, «Consideraciones acerca de los principios económicos de la Constitución Venezolana», en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 98* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1996) 36; Nasly Ustáriz Forero, «Reflexiones sobre la regulación bancaria bajo el prisma de una visión instrumental», en: *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019), 2457-2458.

1961, un amplio sector de pensadores entre quienes podemos citar a Carrillo Batalla, Brewer-Carías, Mayobre, entre otros, sostuvieron la tesis de que en nuestro país imperaba un sistema de *economía mixta*. Tal sistema reviste una peligrosa imprecisión y ambigüedad, puesto que su consecuencia principal sería la inexistencia de límites precisos para los poderes públicos, conjuntamente con un progresivo debilitamiento de la protección jurídica de la libertad económica.

En este sentido, considero que desde mediados del siglo pasado, se estimó que la riqueza generada por el *boom* petrolero en Venezuela ponía al Estado en el rol de impulsar el desarrollo del país. Es lo que el profesor Hernández, entre tantos otros, ha denominado una visión estatista del desarrollo económico, «en el cual éste dependía del rol central del Estado como director y conductor de actividades económicas, de la cual resultó el debilitamiento de las garantías jurídicas de la libertad de empresa»³⁸. No solo eso sino que, además, ante la supuesta concurrencia de ambos sectores, el privado y el público en la tarea de llevar adelante al país, lo que ha ocurrido siempre es un claro predominio del segundo.

En sintonía con estas siniestras predicciones doctrinarias, en los últimos veinte años prácticamente se ha dictado toda una nueva legislación en materia de Derecho Público que, de facto, ha desplazado y casi abolido los límites y caracteres definatorios del Derecho Privado, a través de excesivas regulaciones que han significado una clara violación de los derechos de propiedad y del principio de la autonomía de la voluntad.

Como veremos a continuación, la situación del negocio bancario es un claro ejemplo de esa tendencia *iuspublicista*, a través de un sinnúmero de normativas y disposiciones, entre las cuales destacamos por su relevancia, la controvertida e imprecisa noción de *servicio público*, que finalmente fue incorporada de manera expresa en la legislación sectorial bancaria.

Bajo estas premisas, lo que nos proponemos exponer es una reflexión sobre los cánones principales que informan la regulación de la materia bancaria en Venezuela, tema sobre el que hemos reflexionado ya en el pasado.

³⁸ José Ignacio Hernández, «El Rapto del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo venezolano», en *Revista de la Facultad de Derecho No. 75* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2020-2021), 15-47.

Así podemos conectar con lo que señalamos en el primer capítulo de esta investigación, puesto que aunque el evidente rechazo u horror a las normas -en palabras del profesor Delgado- que muestra el chavismo podría ser discutible bajo el argumento de la profusión legislativa exhibida por el régimen, lo cierto es que ocurre todo lo contrario. Como veremos esta suerte de hemorragia regulatoria es una de las características de la regulación financiera.

La emisión constante de normas que rápidamente habrán de ser cambiadas o incluso interpretadas a conveniencia es la muestra más evidente de esa inconformidad, pues se diluye por completo la función ordenadora propia de las reglas³⁹.

El emérito profesor Morles Hernández ha afirmado en su obra dedicada a La Banca⁴⁰ que el marco regulatorio que rige ahora para todo el sistema financiero del que forman parte las empresas bancarias, las sitúa en un contexto económico de transición al socialismo. Y esto lo ha afirmado categóricamente así:

«Para poder entender la nueva arquitectura legal que ha sido diseñada para regular la actividad financiera, es necesario partir del hecho de que el legislador considera que el país atraviesa una situación de transición desde la economía capitalista hacia la economía colectiva del socialismo del siglo XXI»⁴¹.

Partiendo de la afirmación precedente y valiéndose de abundantes referencias a las leyes y argumentos esgrimidos por el propio chavismo, Morles repasa las fuentes de esa afirmación,

³⁹ Delgado lo dice de manera muy clara: «El problema del chavismo con las normas es el problema del chavismo con los límites, con la restricción definitiva de las posibilidades. Reiteramos que el horror al que nos referimos no se manifiesta comúnmente en una actitud de rechazo a la creación de normas, puesto que no postula una filosofía de tipo anarquista. Dado que lo decisivo es el comportamiento frente a la exigencia que la regla hace, el horror se expresará bajo la forma de evasión de la norma en casos concretos o su modificación a conveniencia» Delgado, Chavismo y..., 31.

⁴⁰ El Dr. Morles emprendió en el año 2011 la tarea de examinar de manera laboriosa y detallada la entonces recientísima derogación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (que con reformas varias había estado vigente desde 1993 hasta 2010), para dar paso a la Ley de Instituciones del Sector Bancario, advirtiendo en ese trabajo, y desde el propio título, la diferencia que significaba desde el punto de vista conceptual el reconocimiento de que para fines del 2011 “Venezuela se encuentra en un proceso de transición desde la economía de mercado propia del capitalismo hacia la economía colectiva característica del socialismo en su versión radical, el comunismo”, como afirmaba textualmente desde el prólogo a la primera edición del libro. La posterior reforma de esa nueva Ley a fines de 2014, de forma *sorpresiva e inconsulta*, persuadió al maestro de la necesidad de acometer la revisión de su anterior trabajo con la finalidad declarada también en el prólogo de esa segunda edición de que «Frente a las nuevas realidades legislativas interesa determinar en qué medida se han modificado las materias que son su objeto». Al respecto, véase: Alfredo Morles Hernández, *La Banca, en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Universidad MonteÁvila, 2016), 25-27.

⁴¹ Morles Hernández, *La Banca...*, 29.

incluyendo los propósitos enunciados en la Exposición de Motivos de la Ley Habilitante de 2007⁴² que reiteraban el fin de adaptar la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social, todo ello pese al rechazo ciudadano al proyecto de reforma constitucional del mismo año.

Con ejemplos extraídos tanto de la forma como del contenido de la propia ley que rige para las instituciones bancarias, de las normativas prudenciales emanadas de la Superintendencia de las Instituciones Bancarias (SUDEBAN) y del restante elenco de profusa regulación de diferente rango y procedencia que le es aplicable a la banca podemos mostrar lo que aquí se afirma.

Ese conglomerado normativo está dirigido a limitar de forma creciente la libertad de los bancos para entablar relaciones con sus clientes, no sólo en cuanto a la fijación de los términos y condiciones de las operaciones de captación y crédito, sino hasta en los detalles más nimios de la organización interna societaria.

En este punto, es obvio que aparecerán las primeras discrepancias entre todo el conjunto del ordenamiento dado lo complejo que resulta mantener a los operadores bancarios que son una institución base del capitalismo, como parte de un régimen socialista o de transición al socialismo. Esa tensión extrema a la que se ha sometido el ordenamiento financiero ha dado como resultado una ley - en realidad un decreto ley- con una nueva conformación y elementos de definición del negocio bancario. Es en el artículo 2 de ese texto donde se declara el objeto principal de la ley de bancos el cual consiste en *garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido, transparente, confiable, y sustentable, que proteja el derecho de la población venezolana a disfrutar de los servicios bancarios.*

El sistema financiero en los tiempos actuales, visto como el conjunto de instituciones, instrumentos, sujetos y contratos jurídicos, se entiende llamado a cumplir con una tarea esencial, como es la de canalizar los recursos que conforman el ahorro público, para dirigirlo a la inversión, en las distintas opciones ofrecidas para ello. Es ni más ni menos que la intermediación financiera, objetivo principal de la actividad bancaria; este objetivo también lo comparten las empresas del campo asegurador y del mercado de valores, aunque con modalidades diferentes tanto en la captación como

⁴² Creemos que es pertinente, como ya hemos afirmado, hacer referencias puntuales a este proyecto de reforma denegado en las urnas, porque creemos que es allí donde podemos deducir muchas de las ideas propias del chavismo, con mayor frontalidad incluso que en el mismo texto constitucional de 1999.

en la inversión de los recursos, en el marco de la idea sistémica que ha adoptado nuestra legislación financiera.

Entonces, si consideramos a la banca como el intermediador financiero por antonomasia, es debido a que a estos operadores se le reconocen como funciones principales las de garantizar los medios de pago a la economía en las mejores condiciones de estabilidad, fomentar la formación del ahorro y facilitar su óptima canalización hacia donde dichos recursos sean más necesarios, lo cual nos revela la enorme influencia de la actividad bancaria en todos los ámbitos de la vida social.

En la Ley de Instituciones del Sector Bancario, se enumeran los principios a los que se debe someter la actividad del sector, así: accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, no discriminación y calidad.

Entonces, las preguntas a plantearse una vez más serían ¿si con tales lineamientos, estaríamos atendiendo a la particular naturaleza del negocio bancario, esa que lo hace objeto de atención especial, entre otras razones por ser susceptible de mayores problemas de riesgo?; en segundo lugar, pero igualmente relevante en este análisis, ¿si esa intervención normativa⁴³ que se ha desarrollado a partir de estas pautas parece orientada a salvaguardar la estabilidad y solvencia del sistema financiero? y finalmente, ¿si tales pautas han generado un cambio en lo psicológico y sociológico en la vida del venezolano?.

Consideramos que basta con examinar la realidad, por ejemplo, el tan reiterado papel de las carteras de crédito dirigidas⁴⁴ o «gavetas»⁴⁵ según la denominación usual derivada de la práctica bancaria, para explicarlo mediante el examen de la modalidad de intervención administrativa que

⁴³ Existe un razonable acuerdo sobre este particular, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar categóricamente que «*El sistema bancario implica necesariamente un largo elenco de potestades en favor de la Administración pública, existiendo un amplio consenso respecto del reconocimiento de la conveniencia de tal intervención de manera que la cuestión no es “intervención sí” o “intervención no” sino “intervención hasta dónde”*». En otras palabras, la problemática no es, pues, su existencia sino la determinación de su extensión y alcance.» José Carlos González Vázquez, «La Organización del Sistema Bancario. Las Entidades de Crédito», en: *La Contratación Bancaria* (Madrid: Editorial Dykinson, S.L.; 2007), 53.

⁴⁴ En la práctica se alude a que un porcentaje superior al 50% del total de la cartera de crédito en Venezuela está sometido a la mencionada restricción, puesto que leyes en diversos sectores le imponen a la banca el otorgamiento de créditos bajo condiciones y términos fijados por el regulador, sin mencionar el riesgo que entraña la obligación adicional que establece la obligatoriedad de adquirir títulos públicos, como una de las formas de cumplimiento de la cartera hipotecaria. Véase: Resolución conjunta No. 051 y 006, Gaceta Oficial No. 40600, 11 de febrero de 2015.

⁴⁵ José Antonio Muci Borjas, «Las carteras de crédito obligatorias: excursus sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca», en: *Temas actuales de Derecho Bancario. Libro Homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré* (Caracas: FUNEDA, 2009), 465 y sig.

dirige y regula desde los mecanismos de captación y seguimiento hasta las tasas de interés de las carteras obligatorias de la banca.

Ha quedado muy claro a lo largo de los años en los que tal situación ha ocurrido, que no sólo no se ha promovido un manejo razonable y prudente del riesgo, sino que se ha desnaturalizado por completo la intermediación crediticia que, desde hace largo tiempo dejó de derivar de la libre autonomía de las empresas bancarias.

Podemos entonces concluir que con tales regulaciones es obvio que no se están promoviendo los principios antes anotados de solvencia, seguridad, liquidez y calidad del sistema bancario, sino que se reducen a una grosera planificación centralizada de la importante actividad crediticia.

Se evidencia así que el camino escogido no permite que la actividad crediticia ni, por ende, la intermediación financiera cumpla con el rol que le es propio como es el de canalizar los recursos que conforman el ahorro público, para dirigirlo a la inversión, lo que en última instancia también expone esos recursos, que forman parte de los ahorros del público.

Además, si las actividades de la banca deben estar orientadas, según vimos en la Ley marco del sistema, a garantizar el uso e inversión de sus recursos de manera productiva hacia el interés público y el desarrollo económico y social del país; o bien a asegurar la colaboración con los otros sectores de la economía productiva, se deduce fácilmente, no sólo la evidente distorsión en el manejo del riesgo, sino el distanciamiento con los contenidos más esenciales de la libertad empresarial, hasta el punto de que queda desdibujada por completo la autonomía de esas instituciones, obligadas, sin embargo por la propia ley que las rige a revestir la forma de sociedades anónimas, que es el modelo de empresa mercantil por antonomasia.

Por su parte, la revisión de los principios contemplados en la propia Ley de Instituciones del Sector Bancario, tampoco parece contribuir en cuanto a la presencia de aquellos elementos técnicos que buscábamos, pues no solo se trata de que los principios de accesibilidad, igualdad, continuidad, universalidad, progresividad, por citar solo algunos, son genéricos y hasta podrían resultar contradictorios entre sí en determinadas circunstancias en las que deberían ser aplicados, sino que nada en esa enumeración parece orientarse a la salvaguarda de la solvencia y liquidez del sistema financiero. En cambio, sí que responden a una técnica normativa propia de este régimen que detectamos no sólo

en el ámbito estudiado, sino, en general, en la idea de un derecho sumiso a las necesidades siempre cambiantes del poder político, según ponía en evidencia el profesor Delgado: hablamos de la tendencia deliberada a redactar leyes o normas que «*sean más un conjunto de principios, metas, fines, aspiraciones y valores, que un conjunto de preceptos determinados e inequívocos*»⁴⁶.

Tampoco podemos obviar en este análisis, el evidente distanciamiento generado por la dinámica misma de unas instituciones con estructuras altamente sofisticadas propias de la economía de mercado, que a su vez deben cumplir funciones varias que le son extrañas, por lo que el resultado es una permanente tensión entre los deberes y los poderes en cabeza de estas entidades, que afecta el buen funcionamiento y la robustez deseables para la salud y solvencia del sistema bancario.

Como venimos apuntando, la necesidad de una regulación coherente y ordenada aun en medio de esta transición al socialismo, se justifica en dos objetivos que el chavismo declara perseguir en forma expresa, vista la redacción de la norma analizada: i) la necesidad de proteger el ahorro público y ii) el papel preponderante que tienen los bancos como base del sistema de pagos, que hace de la actividad bancaria algo tan influyente. Estimamos que la relevancia de ello se pone en evidencia dado el hecho cierto de que, hasta ahora, se ha optado por mantener a la banca como parte de la economía nacional, y, por supuesto, en vista de las características de interés general que tienen los dos objetivos ya referidos.

No obstante, lo que ocurre es que, en la práctica, la necesidad de una intervención coherente se enfrenta, a su vez, al objetivo primordial del chavismo, cual es la subordinación del derecho al interés político, sea este individual o colectivo.

El resultado de este enfrentamiento, esto es, el de una institución propia del libre mercado como es la banca y el de una planificación centralizada de la actividad crediticia, es la desnaturalización de la banca como un intermediador financiero y su reducción a un rol meramente transaccional dentro de los límites del mecanismo de pagos permitido (por ejemplo: nóminas, impuestos, servicios públicos que no están completamente dolarizados todavía, sin olvidar que la fijación de comisiones por el uso de la plataforma bancaria no responde a negociación alguna entre las partes, sino que viene dada por el tarifario que de manera autónoma aprueba y publica el BCV a su

⁴⁶ Delgado, *Chavismo y...*, 75.

solo criterio y oportunidad, sin atender al obvio y constante encarecimiento que tales servicios mantienen en una economía de altísima inflación como la venezolana).

Para estas sencillas funciones termina acudiendo el venezolano a la banca. Ya no se acude con el objetivo de ahorrar; obtener un crédito o invertir. La banca sólo figura en la mente del venezolano para lo más inmediato, es decir, estamos hablando en términos de subsistencia y nada más, en términos de un mero canal de pagos. Este es el patrón de conducta que vemos en el venezolano frente a la banca y que si alzamos un poco más la vista de este sector en particular, constituye una destrucción del proyecto de vida de cada venezolano.

CONCLUSIONES

Hemos visto que el régimen que actualmente ostenta el poder en Venezuela tiene entre sus objetivos principales modelar y reformular el conjunto que conforma el sistema jurídico nacional, con la necesidad de hacerlo maleable, suficientemente flexible como para que resulte siempre alineado con sus objetivos últimos. Esto, que hemos venido señalando desde la primera parte del presente ensayo, se equipara también de manera evidente con lo que el profesor Delgado ha calificado como «una visión radicalmente instrumental del derecho»⁴⁷ y que él mismo ha definido como:

«Una visión que sujeta permanentemente el ser de la ley a la necesidad política partidista, negándole cualquier grado de autonomía como una realidad diferente a la de la lucha por el poder»⁴⁸.

Y completa esta noción señalando lo que para él es la consecuencia más obvia de tal conducta:

«Una concepción tal tiende a hacer casi imposible el desenvolvimiento armónico de la vida jurídica, puesto que impide que se asienten y se hagan estables los componentes básicos del orden, componentes éstos que solo aparecen en las sociedades que logran fijar límites estrictos a las variaciones que surgen de la influencia de la política en el derecho»⁴⁹.

Es así como podemos afirmar que esta visión instrumental que denunciarnos, lamentablemente viene precedida de una postura que no hemos dudado en calificar en otras ocasiones como un auténtico

⁴⁷ Delgado, *Chavismo y...*, 36.

⁴⁸ Delgado, *Chavismo y...*, 36.

⁴⁹ Delgado, *Chavismo y...*, 36.

expolio legal que caracteriza la destrucción del Derecho en Venezuela, como consecuencia de lo cual se deterioran las bases de cualquier intento de vida civilizada.

Ahora bien, así como hemos señalado aspectos específicos de ese expolio legal que ha destruido al Derecho y que sin duda dificulta una vida de calidad y bienestar, también hemos señalado algunas «válvulas de escape» que podemos ubicar en este proceso. Estas válvulas es lo que hemos denominado efectos psicológicos y sociológicos en la Venezuela del siglo XXI.

En el ámbito de las sociedades mercantiles se evidencia una menor intención de constituir nuevas compañías; obstáculos para la expansión y desarrollo de las ya constituidas; la escasa actividad económica que subsiste, lo hace al margen -vía de hecho- de los Registros Mercantiles; el resurgimiento de las firmas personales; la proliferación de compañías sin aprobar balances por muchos años y sin aumentar capital social, lo que redundará en una informalización innegable.

Y en el ámbito de sociedades mercantiles especialmente reguladas como los bancos, que trajimos a colación por su profusa regulación, se evidencia su desnaturalización como un intermediador financiero y su reducción a un rol transaccional y de mecanismo de pagos para las pocas cosas que no están completamente dolarizadas, quedando totalmente de lado su relevante papel en la canalización de la inversión hacia los sectores que más demanda una economía.

Como hemos indicado, para estas sencillas funciones termina acudiendo el venezolano a la banca, y detrás de esto subyace la palabra «sobrevivencia». Podría decirse que en el país hemos atravesado por momentos muy difíciles y dolorosos. Los años saltan a la vista en el recuerdo de cada uno de nosotros: 2002; 2007; 2012; 2014-2019.

Pero luego de ese año, las condiciones en el país cambiaron. Por ejemplo, a partir de 2009, Venezuela se comienza a perfilar dentro de las 10 economías más inflacionarias del mundo con precios incrementándose a un 20% mensual. Ya para finales de 2017, los precios comenzaron a crecer por encima del 50% mensual. Así, Venezuela entró formalmente en hiperinflación, ocupando el primer puesto del ranking global de inflación hasta el 2021.

2017 fue el año en que se hizo más visible la crisis humanitaria de cara a la comunidad internacional.

En diciembre de 2021 Venezuela salió formalmente de la hiperinflación, ya que durante los últimos 12 meses los precios crecieron a un ritmo inferior al 50% mensual. Curiosamente y aunque, durante el primer semestre de 2022 se había observado una disminución considerable de la variación de precios en términos interanuales, lo cierto es que en el momento en que redactamos este informe, nuestra economía vuelve a mostrar ese estado de fragilidad y postración que hemos denunciado, gracias a un nuevo golpe propinado por el régimen: En la primera semana de septiembre de 2022, en cuestión de horas el dólar paralelo, que desde hace poco más de un año iba a la par de la tasa publicada por el Banco Central de Venezuela, se disparó de 6,8 a 9,3⁵⁰.

La destrucción del país, el desgaste político y esta leve -y efímera- mejoría económica dejaron un impacto. La actitud del venezolano cambió (nuevamente el efecto psicológico y sociológico), a pesar de la dictadura que nos embarga desde hace más de dos décadas, y optó por privilegiar en cierta forma su proyecto de vida. Esto sin duda se reflejará en sus patrones de conducta en los distintos ámbitos de su vida.

Existe un hilo conductor entre la destrucción del país, la destrucción de las instituciones y la destrucción de las personas. Este hilo se observa en el patrón de conducta de las personas. Hay un innegable efecto psicológico y sociológico. El país «no se arregló», no estamos ante una verdadera y sostenible recuperación económica, más bien ante un cambio de patrón en las fórmulas de sometimiento y destrucción. La fórmula artificial seleccionada para frenar la hiperinflación da buena cuenta y es claro ejemplo de ello.

Pero no quisiéramos terminar este ensayo con palabras que pueden sonar por completo pesimistas. También queremos llevar la atención a ese conjunto de comportamientos que evidencian una intención más allá de la sobrevivencia. Esto también se ve y es a esto a lo que apostamos cada día cuando nos toque reconstruir el país en el mañana.

⁵⁰ Este salto se derivó de la presión de los empleados públicos de las últimas semanas que forzó al gobierno al pago del 100% del bono vacacional, junto con algunos otros compromisos laborales vencidos, pero a través de su reiterada política de una nueva emisión de bolívares a la vez que redujo su oferta de dólares en el mercado cambiario. Dicha situación puso en circulación una enorme cantidad de bolívares de base inorgánica. También introdujo cambios fácticos en el sistema de asignación de divisas a la banca.

Bibliografía

- Bastiat, Frédéric. «La Ley». En *Obras escogidas*, ed. Francisco Cabrillo, 181-234. Madrid: Unión Editorial, 2012.
- Delgado, Francisco J. *La reconstrucción del derecho venezolano*. Caracas: Editorial Galipán, 2012.
- Delgado, Francisco J. *Chavismo y Derecho*, Caracas: Editorial Galipán, 2017.
- De León, Ignacio. «Consideraciones acerca de los principios económicos de la Constitución Venezolana». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas No. 98*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1996.
- Goldberg, Jacqueline. *Ochenta días en Iowa. Cuaderno de inapetencias*. Caracas: Editorial Eclepsidra, 2022.
- Goldshmidt, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Roberto Goldschmidt, 2008.
- González Vázquez, José Carlos. «La Organización del Sistema Bancario. Las Entidades de Crédito». En: *La Contratación Bancaria*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2007.
- Grisanti Luciani, Héctor. «Historia del Código de Comercio de 1904». En *Revista de Control Fiscal No. 110*. Caracas, 1983.
- Grisanti Luciani, Héctor. *Antecedentes de nuestra legislación civil y mercantil*. Caracas: 2002.
- Hayek, Friedrich von. *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. Madrid: Unión Editorial, 1997.
- Hayek, Friedrich A. von. *Camino de servidumbre*. Madrid: Unión Editorial, 2008.
- Hazlitt, Henry. *La economía en una lección*. Madrid: Unión Editorial, 2018.
- Hernández, José Ignacio. «El Rapto del Derecho Mercantil por el Derecho Administrativo venezolano». En *Revista de la Facultad de Derecho No. 75*, 15-47. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2020-2021.
- Hoppe, Hans-Hermann. *Libertad o Socialismo*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2009.
- Loreto Arismendi, José. *Código de Comercio venezolano*. Caracas: P. Valery Rísquez & C.A., 1909.
- Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.
- Morles Hernández, Alfredo. «Evolución Histórica y tendencias mercantil venezolana». En *Centenario del Código de Comercio*, ed. por Instituto de Investigaciones Jurídicas, 273-306. México: Universidad Autónoma de México, 1991.
- Morles Hernández, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998.
- Morles Hernández, Alfredo: *Cuestiones de Derecho Societario*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006, 214-215.
- Morles Hernández, Alfredo. «Las anomalías de la regulación venezolana de los servicios financieros». En *Libro Homenaje a Clarisa Sanoja*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad del Zulia, 2013.
- Morles Hernández, Alfredo. *La Banca, en el Marco de la Transición de Sistemas Económicos en Venezuela*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Universidad MonteÁvila, 2016.

- Muci Borjas, José Antonio. «Las carteras de crédito obligatorias: excursus sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca». En *Temas actuales de Derecho Bancario. Libro Homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré*. Caracas: FUNEDA, 2009.
- 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*. Caracas: Ediciones IESA, 1985.
- Parra Aranguren, Gonzalo. «Antecedentes históricos del Código de Comercio». En *Código de Comercio de Venezuela*, 11-18. Caracas: Ediciones Legis S.A., 1975.
- Pereira, Isabel. *La quiebra moral de un país. Hacia un nuevo contrato social*. Caracas: Artesano Editores-Cedice Libertad, 2013.
- Rojas, Ricardo M. y Rondón García, Andrea. *La supresión de la propiedad como crimen de lesa humanidad. El caso Venezuela*. Buenos Aires: Unión Editorial Argentina, 2019.
- Torres, Ana Teresa. *Diario en ruinas (1998-2017)*. Caracas: Editorial Alfa, 2018.
- Ustáriz Forero, Nasly. «Reflexiones sobre la regulación bancaria bajo el prisma de una visión instrumental». En *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, 2457-2458. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019.

Sitios webs

- Literatura mexicana, «La generación del crack: Jorge Volpi». Acceso el 7 de agosto de 2022. <https://literaturamexicanaweb.wordpress.com/2017/11/14/la-generacion-del-crack-jorge-volpi/>
- Esquisses.net, «La búsqueda de la verdad: En busca de Klingsor, de Jorge Volpi». Acceso el 7 agosto de 2022. <http://www.esquisses.net/2014/03/la-busqueda-de-la-verdad-en-busca-de-klingsor-de-jorge-volpi/>.
- Acosta Yorelis. «Sufrimiento psicosocial del siglo XXI: Venezuela y la Revolución». *Revista Investigación Psicológica*, No. 19 (jun). http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2223-30322018000100009&script=sci_arttext.
- Efecto Cocuyo, «Asamblea Nacional aprueba Ley Antibloqueo». Acceso el 7 de agosto de 2022. <https://efectococuyo.com/politica/asamblea-nacional-constituyente-aprueba-ley-antibloqueo/>.
- Reporte Católico Laico, «Al venezolano lo han desmontado emocionalmente». Acceso el 7 de agosto de 2022. <https://reportecatolicolaico.com/2022/05/14/al-venezolano-lo-han-desmontado-emocionalmente/>.

Diego Thomas Castagnino

LA PRIVATIZACIÓN DE LAS PENSIONES EN LATINOAMÉRICA: ¿SOLUCIÓN O PROFUNDIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS?

Diego Thomás Castagnino

Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá (España). Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Magister en Educación Universitaria, Universidad del Istmo (Guatemala). Profesor de Derecho Mercantil en pre y postgrado, UCAB y UCV. Miembro Fundador y Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM)

Resumen

Debido a la “crisis de la vejez”, entre 1981 y 2014, treinta países decidieron privatizar sus sistemas de pensiones. Sin embargo, para el año 2018, unos dieciocho países han revertido las privatizaciones. El presente trabajo tiene por finalidad enumerar los motivos que impulsaron a los países a privatizar y las causas que los llevaron a tomar la decisión de revertir el proceso, con el objeto de determinar si la privatización de las pensiones ha resultado ser una solución a los problemas asociados a la gestión pública, o si, por el contrario, ha profundizado los problemas, resultando ser un retroceso, afectando el bienestar y comprometiendo el futuro de los pensionados.

Palabras clave: Privatización, pensiones, seguridad social.

THE PRIVATIZATION OF PENSIONS IN LATIN AMERICA: SOLUTION OR DEEPENING OF THE PROBLEMS?

Abstract

Due to the “old age crisis”, between 1981 and 2014, thirty countries decided to privatize their pension systems. However, by 2018, eighteen countries reversed privatizations. The purpose of this paper is to list the reasons that prompted the countries to privatize and the causes that led them to make the decision to reverse the process, in order to determine if the privatization of pensions has turned out to be a solution to the problems associated with public management, or if, on the contrary, it has deepened the problems, turning out to be a setback, affecting the well-being and compromising the future of pensioners.

Keywords: Privatization, pensions, social security.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno generado por el aumento de la población de adultos mayores como consecuencia del incremento de la expectativa de vida y el descenso de las tasas de fecundidad, ha sido conocido como la “crisis de la vejez”. Dicha crisis provocó la necesidad de buscar la manera de garantizar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones de la seguridad social para evitar su colapso.

Sin embargo, la situación es aún más compleja, primero, porque la mayoría de los sistemas de seguridad social en América Latina se han caracterizado históricamente por su mala gestión pública, en donde la ineficiencia, el mal servicio y la corrupción, han sido los grandes protagonistas, y segundo, debido al impacto que dicho sistema tiene en la economía nacional por los altos índices de desempleos e inflación.

A los fines de superar tales retos, surgieron distintas teorías que transitaron desde la posibilidad de complementar el régimen de seguridad social con el apoyo de empresas privadas, hasta el extremo de privatizar la seguridad social, con algunos matices, dependiendo si el Estado se retira totalmente o si sólo conserva un rol de supervisión. De esta manera, entre 1981 y 2014, unos treinta países del mundo (de los cuales catorce son países de América Latina) privatizaron total o parcialmente sus pensiones públicas obligatorias¹.

El experimento de la privatización de las pensiones en América Latina inició en 1981, durante la dictadura de Pinochet en Chile, con el respaldo de un grupo de economistas pro libre mercado formados en la Universidad de Chicago², y liderado por el ministro de Trabajo y Previsión Social de la época, José Piñera³. Este primer caso de la región consistió en sustituir el sistema público de pensiones chileno por un sistema privado operado por administradoras de fondos privados de pensiones.

La reforma chilena fue criticada en los países democráticos, porque habría sido impuesta por la dictadura sin ningún tipo de discusión pública. Es por ello, que no fue hasta después de 1990 con la

¹ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. “La privatización de las pensiones: tres décadas de fracasos”. *El Trimestre Económico*, vol. LXXXVI (3), núm. 343, julio-septiembre, (2019): 800-801. Disponible en: <https://www.eltrimestreeconomico.com.mx/index.php/te/article/view/926>

² Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. “La privatización de... p. 803.

³ Lydia Fraile. “La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980”. *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 128 (3), pp. 235-255. Disponible en <https://doi:10.1111/j.1564-9148.2009.00059.x>.

restauración de la democracia en Chile, cuando otros países latinoamericanos aplicaron reformas similares a la chilena⁴.

Instituciones internacionales con orientación neo liberal mantuvieron una campaña de promoción de reformas orientadas a la privatización de las pensiones, tal y como fue el caso del Banco Mundial, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Asiático de Desarrollo⁵.

Sin embargo, el experimento privatizador de las pensiones también encontró importantes detractores, como la Organización Internacional del Trabajo y varios expertos, entre los que destaca el entonces economista en jefe del Banco Mundial, el Premio Nobel de Economía, Joseph E. Stiglitz⁶.

Para el año 2018 unos 18 países de los 30 antes señalados, revirtieron los procesos de privatizaciones de las pensiones⁷, y el Banco Mundial habría cambiado su opinión sobre el tema, reemplazando a los directivos de su Departamento de Protección Social, y desde mediados de la década de 2000, ningún proyecto independiente de reforma de las pensiones ha formado parte de su cartera de préstamos⁸.

Pero ¿qué ocurrió? ¿por qué los países y organismos internacionales cambiaron de opinión respecto a la privatización de las pensiones? En el presente trabajo se enumerarán los motivos que impulsaron a los países a seguir el experimento chileno y las causas que los llevaron a tomar la decisión de revertir el proceso, con la finalidad de determinar si la privatización de las pensiones ha resultado ser una solución a los problemas asociados a la gestión pública o si, por el contrario, ha profundizado los problemas, resultando ser un retroceso, afectando el bienestar y comprometiendo el futuro de los pensionados.

⁴ Carmelo Mesa-Lago. "Evaluación de cuatro décadas de privatizaciones en América Latina (1980-2020): promesas y realidades". Friedrich Ebert Stiftung. 1º edición. República Dominicana. Mayo (2021): 20. Disponible en: <http://vox.lacea.org/files/CML2021.pdf>

⁵ Mitchell A. Orenstein. Privatizing pensions: The transnational campaign for social security reform. Princeton University Press. (2009).

⁶ Peter Orszag, Joseph E. Stiglitz. "Rethinking pension reform: Ten myths about social security systems". Conferencia del Banco Mundial: "New ideas about old age security", celebrada en septiembre de 1999. Disponible en: https://www0.gsb.columbia.edu/mygsb/faculty/research/pubfiles/1478/Stiglitz_pension_reform.pdf

⁷ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de... p. 800.

⁸ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de... pp. 806-807.

I. Breves consideraciones respecto al sistema de pensiones

La seguridad social tiene su origen en Alemania, entre 1883 y 1889, en donde como consecuencia de la constitución del movimiento obrero y sus primeras tablas reivindicativas, el Canciller Otto von Bismark, impulsó la idea de contar con un seguro social para proteger a los trabajadores contra los riesgos de vejez, invalidez y enfermedad⁹. Sin embargo, la formalización política del concepto de seguridad social, se dio en Estados Unidos en 1934, cuando el presidente Franklin D. Roosevelt llevó al Congreso la Ley de Seguridad Social. Desde entonces, este concepto ha sufrido progresivos cambios.

Existen diversos sistemas de pensiones, pero todos están orientados a buscar que los trabajadores logren acceder a un nivel mínimo de subsistencia en su retiro. La asistencia médica y las prestaciones monetarias por enfermedad, licencias por maternidad o paternidad y desempleo, son considerados algunos de los derechos mínimos para los trabajadores en materia laboral, que se encuentran expresamente reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo¹⁰.

Para finales de los años 80 el entorno en América Latina era verdaderamente complejo. El autor Américo Plá Rodríguez¹¹ resalta los siguientes hechos que afectaron directamente al sistema de pensiones:

- a) El envejecimiento de la población por el incremento de la expectativa de la vida humana, que impacta considerablemente la financiación de las jubilaciones o las pensiones de vejez.
- b) Los elevados niveles de desempleo, que afecta negativamente la cantidad de personas que aportan al fondo común y que en los países que existe un seguro de desempleo, cada vez sea más requerido el subsidio.
- c) El continuo crecimiento de los gastos de asistencia pública.
- d) La inflación persistente que produce una serie de efectos diversos sumamente distorsionantes en las finanzas de la seguridad social.

⁹ Oscar Cetrángolo. "La seguridad social en América Latina y el Caribe: Una propuesta metodológica para su medición y aplicación a los casos de Argentina, Chile y Colombia", LC/W.258, Santiago de Chile, CEPAL. (2009): 41. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/3731/S2009247_es.pdf

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 102, sobre la seguridad social (norma mínima), (1952). Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102

¹¹ Américo Plá Rodríguez. "Estudios de la seguridad social". Primera Edición. FCU. Montevideo, (1999).

- e) El propio sistema de aportes establecido fomentaba la evasión ya sea desfigurando las cifras para aportar menos de lo que se retribuye ya sea eliminando gente de la planilla.
- f) La maduración del propio sistema de seguridad social, que al acrecentar los beneficios lo hacía cada vez más costoso.

La mala gestión pública del sistema de seguridad social en América Latina impulsó a que en 1994 el Banco Mundial fuera uno de los promotores de la idea de contar con un sistema de jubilación por capitalización administrado de forma privada a través de fondos de pensión¹².

Sin embargo, la Organización Internacional del Trabajo siempre estuvo en contra de predicciones alarmistas de una “crisis de la vejez” causada por desafíos de índole demográfica y de sostenibilidad y su posición estuvo orientada en explicar que si bien es cierto que la maduración de los sistemas de pensiones implica un aumento a largo plazo del gasto en prestaciones, se trata de un fenómeno normal y no debe ser causa de alarma, y que la experiencia de los países de ingresos altos demuestra que es factible adaptar los sistemas de pensiones mediante reformas paramétricas menores con el fin de hacerlos sostenibles frente a los cambios demográficos, la maduración y otros desafíos futuros.

A pesar de las advertencias de la Organización Internacional del Trabajo, varios países decidieron seguir las recomendaciones del Banco Mundial, y emprendieron reformas estructurales que reemplazaron total o parcialmente los sistemas públicos por sistemas privados. El autor Carmelo Mesa-Lago¹³ identifica tres modelos:

- a) el sustitutivo, que cerró el sistema público y lo reemplazó por completo por el privado (Chile, Bolivia, México, El Salvador y República Dominicana);
- b) el mixto, que mantuvo el sistema público como un pilar y agregó el privado como un segundo pilar (Argentina, Costa Rica, Uruguay y Panamá); y,
- c) el paralelo que conservó el sistema público y agregó el sistema privado, los dos compitiendo entre sí (Colombia y Perú).

¹² Héctor Guillén Romo. “México frente a la mundialización neoliberal”. Ediciones Era S.A. De C.V. Ciudad de México, (2005): 289.

¹³ Carmelo Mesa-Lago. “Evaluación de cuatro décadas de privatizaciones... p. 17.

Lamentablemente el resultado no fue el esperado y en los últimos años varios de dichos países han optado por revertir las privatizaciones y volver a tener el control y la administración de las pensiones.

II. La privatización ¿Medida apropiada para resolver los problemas del sistema de pensiones en Latinoamérica?

En términos generales, existe cierto consenso en concebir a la privatización como el proceso y el resultado de la transferencia de servicios, funciones y/o responsabilidades del sector público al sector privado¹⁴. La autora María Nieves de la Serna Bilbao señala que la privatización, en sentido amplio, es un fenómeno comprensivo de todas aquellas acciones de los poderes públicos que buscan, fundamentalmente, reducir el papel de estos en la economía mediante el traspaso de funciones y actividades públicas al sector privado. Igualmente, se incluye dentro de este concepto el desarrollo de las actividades públicas bajo formas organizativas y régimen jurídico privado¹⁵.

La Unión Canadiense de Empleados Públicos ha sostenido que la privatización muchas veces se presenta disfrazada con un lenguaje experto, por lo que, términos como *outsourcing*, licitación competitiva, PPP o P3 (*public-private partnership*), desregulación, servicios compartidos, *voucher*, son expresiones que bajo supuestos formatos técnicos, nominan diversas estrategias de privatización en el sector público, ya que se trata de formas de transferir la propiedad, la administración y la prestación de servicios o de activos de manos públicas al control de corporaciones privadas con fines de lucro¹⁶.

La privatización puede ser total o parcial. La primera, conocida también como privatización auténtica o plena, según María Nieves de la Serna Bilbao¹⁷, se produce cuando se transfiere toda la empresa a la titularidad privada y los poderes públicos se desentienden de manera absoluta de su responsabilidad en la dirección y gestión de la actividad de que se trate. Mientras que la parcial, se

¹⁴ Organization for Economic Co-operation and Development. "Privatization in the 21st Century: Recent Experiences of OECD Countries. Report on Good Practices". OECD, (2009): 5. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48476423.pdf>

¹⁵ María Nieves de la Serna Bilbao. "La privatización en España Fundamentos constitucionales y comunitarios". Navarra: Aranzadi, 1995. pp. 36 - 37

¹⁶ Canadian Union of Public Employees. "Privatization has many names: P3, SIB, ASD, HUH?". Disponible en https://cupe.azureedge.net/sites/cupe/files/guide_privatization_en.pdf

¹⁷ María Nieves de la Serna Bilbao. "La privatización en España... pp. 81-82.

presenta cuando la transferencia tiene por objeto una cantidad preestablecida de participaciones sin alcanzar el cien por cien del capital social de la empresa, o cuando se parten operaciones de una gran empresa pública y se venden al sector privado por razón de que una determinada operación resulte más eficiente en manos privadas.

La privatización parcial ha sido la más utilizada, ya que esta modalidad ofrece mejores posibilidades a la hora de buscar posibles compradores y de preservar, en determinados sectores, intereses de carácter general¹⁸. Todos los tipos de privatización tienen el potencial de aumentar la eficiencia¹⁹.

¿Cuándo debe utilizarse la figura de la privatización? Por una parte, autores como Gonzalo, Pina y Torres²⁰, Saunders y Harris²¹, y Howe²², consideran que la privatización es una alternativa válida que puede utilizarse siempre que existan razones económicas, políticas y financieras. Para Overman²³, Peña Miguel y Cuadrado- Ballesteros²⁴, la privatización está relacionada con la búsqueda del crecimiento económico, aumento de la eficiencia y mejora del desempeño de las organizaciones, pero advierten que puede generarse efectos negativos como aumento del desempleo, desigualdad de ingresos y corrupción.

Por otro lado, el Banco Mundial ha señalado que la privatización generalmente ocurre en una situación de cambios de políticas y regulaciones, en la que se debe prestar atención a la capacidad de

¹⁸ María Nieves de la Serna Bilbao. “La privatización en España... p. 84.

¹⁹ Subrata Sarkar. Rudra Sensarma. “Partial privatization and bank performance: evidence from India”. *Journal of Financial Economic Policy*. Volumen 2 (4). (2010): 276–306. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/17576381011100838>

²⁰ José Antonio Gonzalo, Vicente Pina, Lourdes Torres. “Objectives, Techniques and valuation of state-owned companies in privatization processes”. *Public Management Review*. Volumen 5 (2). (2003): 177–196. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/1461667032000066408>

²¹ Peter Saunders, Colin Harris. “Privatization and Popular Capitalism”. Philadelphia, PA: Open University Press. (1994): 25.

²² Geoffrey Howe. “Privatization: The Way Ahead”. Conservative Political Centre. Nro. 676. London, (1981).

²³ Sjors Overman. “Great Expectations of Public Service Delegation: A systematic review”. *Public Management Review*, Volumen 18 (8), 2015, pp. 1238–1262. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14719037.2015.1103891>

²⁴ Noemí Peña Miguel, Beatriz Cuadrado-Ballesteros. “Is privatization related to corruption? An empirical analysis of European countries”. *Public Management Review*, Volumen 21 (1), (2019): 69-95. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14719037.2018.1444192>

los gobiernos de implementar reformas políticas, pero, si tal capacidad no existe, un cambio de política puede aumentar el riesgo de corrupción²⁵.

Para los autores Chong y Lora, durante la mayor parte del siglo XX, en América Latina se trató de establecerse un Estado paternalista en políticas sociales, intervencionista en políticas económicas y propietario-administrador en materia empresarial. En cuanto a la actividad empresarial, la experiencia de los Estados ha sido negativa.

Las empresas estatales en América Latina históricamente han tenido un desempeño mediocre. Con contadas excepciones, resultaron ineficientes, produjeron bienes y servicios de baja calidad y generaron más deudas que ganancias, por lo que la participación privada era una alternativa que se debía probar²⁶, y la experiencia ha sido positiva en términos generales.

Por ejemplo, en Venezuela destaca el caso de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), la cual fue privatizada el 15 de diciembre de 1991, y con la que el Estado venezolano le otorgó la concesión al Consorcio VenWorld que ofreció USD 1885 millones por el 40% de las acciones de la empresa²⁷. El Consorcio emprendió la expansión y modernización de las redes de voz y datos, fijas y móviles gracias a la mayor inversión de capital que una empresa privada haya realizado en el país: más de USD 3000 millones, se construyeron 1981 kilómetros para el sistema de fibra óptica interurbana, se creó Movilnet y se impulsaron productos y servicios que marcaron un cambio positivo en el mercado venezolano. Sin embargo, el 9 de enero del 2007, el presidente Hugo Chávez ordenó la renacionalización de CANTV²⁸, y el Estado incrementó su control accionario hasta el 90%.

En Perú, algunos estudios²⁹ demuestran que la privatización de la electricidad ha mejorado considerablemente la calidad de vida de los campesinos y los trabajadores pobres del campo, ya que,

²⁵ The World Bank. "Helping Countries Combat Corruption: The role of the World Bank". Poverty Reduction and Economic Management. September (1997). Disponible en: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corruptn.pdf>

²⁶ Alberto Chong, Eduardo Lora. ¿Valieron la pena las privatizaciones?. Nuso Nro. 207. Enero-Febrero. (2007). Disponible en: <https://nuso.org/articulo/valieron-la-pena-las-privatizaciones/>

²⁷ https://elpais.com/diario/1991/12/05/economia/691887606_850215.html

²⁸ https://web.archive.org/web/20180517043554/https://elpais.com/diario/2007/01/10/economia/1168383602_850215.html

²⁹ Máximo Torero, Eduardo Nakasone y Lorena Alcázar. "Provision of Public Services and Welfare of the Poor: Learning from an Incomplete Electricity Privatization Experience in Rural Peru". Banco Interamericano de Desarrollo. (2006).

gracias a un servicio de electricidad más continuo y confiable, los ciudadanos que viven en zonas rurales pudieron ahorrar tiempo en las labores agrícolas y dedicarlo a actividades no agrícolas o al ocio, con efectos positivos sobre sus ingresos y su bienestar.

Otro caso de privatización exitoso es el del agua en Colombia. Los autores Felipe Barrera y Mauricio Olivera³⁰ señalan que la privatización mejoró el acceso al servicio y la calidad del agua, sobre todo en beneficio de los sectores más pobres.

Ahora bien, para estudiar la factibilidad de privatizar el sistema de pensiones, es importante reconocer que el entorno hacia finales de los años 70 era retador, tras un período de crecimiento razonablemente sostenido, el mundo entró en una época de recesión, caracterizada por un desempleo creciente. El costo de la atención de la salud y de las pensiones de jubilación resultó ser alarmante ocasionando un considerable incremento del gasto público. Muchos países estaban muy cerca del colapso de sus sistemas de seguridad social³¹.

Ante el riesgo del colapso del sistema de pensiones, los gobiernos prefirieron transitar el camino de la privatización. Si bien ningún país democrático avanzado e industrializado sustituyó su sistema público de pensiones por un sistema privado de cuentas individuales de capitalización plena, fue en los países en desarrollo donde la privatización se presentó como la solución³². Entre 1981 y 2014 ocurrió la mayoría de las privatizaciones de los sistemas de pensiones.

Los gobiernos trataron el tema de la privatización de distintas maneras, pero en términos generales, la forma más utilizada implicaba pasar de un sistema de reparto en donde una institución estatal cobraba las cotizaciones de los activos a cambio de la promesa de entregar un ingreso regular al jubilarse, a un sistema de capitalización, en donde una empresa privada recolectaría las cotizaciones de los activos para invertirlos en la bolsa, bajo el compromiso de pagar un ingreso regular al retiro.

Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Provision-of-Public-Services-and-Welfare-of-the-Poor-Learning-from-an-Incomplete-Electricity-Privatization-Process-in-Rural-Peru.pdf>

³⁰ Felipe Barrera y Mauricio Olivera. "Does society win or lose as a result of privatization? Provision of public services and welfare of the poor: The case of water sector privatization in Colombia". Banco Interamericano de Desarrollo. (2007). Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Does-Society-Win-or-Lose-as-a-Result-of-Privatization-Provision-of-Public-Services-and-Welfare-of-the-Poor-The-Case-of-Water-Sector-Privatization-in-Colombia.pdf>

³¹ Alee Parrott. "La seguridad social: Un gran designio amenazado de transformarse en pesadilla". Revista Internacional del Trabajo. Volumen III, Nro. 4. (1992): 445.

³² Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de... p. 807.

Revista de la Facultad de Derecho N° 76.

2022-2023

ISSN: 2790-5152

Pierre señala que, la privatización bajo este modelo, es conocida como la “bursatilización de pensiones”, e implica que el capital monopolista financiero se encarga de administrar la mayor parte de los ahorros y dispone de ellos para incrementar sus ganancias en el corto plazo.³³

Si bien pareciera que las condiciones exigían un cambio de política pública respecto al sistema de pensiones, cuando se trata de temas tan sensibles como las pensiones, se presentan algunas complejidades, especialmente si consideramos la importancia que reviste el sistema de pensiones como parte de la seguridad social y como garantía del bienestar de una parte de la población que ya no es económicamente activa.

III. Confrontación de los argumentos a favor de la privatización del sistema de pensiones con la experiencia obtenida en Latinoamérica

A continuación, se enumerarán los principales argumentos que sostenían los promotores de la privatización de los sistemas de pensiones, y se confrontarán con los resultados obtenidos con la experiencia latinoamericana:

Generación de efectos positivos en la economía

Considerando que el gasto de la seguridad social es uno de los factores que mayor incide en el aumento de los impuestos y en la agravación de los déficits públicos³⁴, cuando el servicio correspondiente a las pensiones es asumido por un privado, se debería generar un efecto presupuestario positivo para el Estado. Por otro lado, se esperaría que los mercados de capitales incrementen su apoyo a las nuevas inversiones y apuesten al crecimiento económico³⁵.

No obstante, los costos de transición de un sistema público a uno privado fueron subestimados, creando nuevas presiones fiscales, que ante el retador entorno, fueron difíciles de afrontar³⁶. Por

³³ Matari Pierre. “Jubilarse en el capitalismo de hoy. La clase trabajadora y los fondos de pensión”. Memoria. Revista de crítica militante. Nro. 256. (2015). Disponible en: <http://revistamemoria.mx/?p=722>

³⁴ Albert Michel. Un reto para Europa. Cómo acabar con el paro. Planeta, (1984): 182.

³⁵ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. “La privatización de... p. 807.

³⁶ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. “La privatización de... p. 814.

ejemplo, en Chile, en 2010 a 30 años de haberse privatizado el sistema de pensiones, los costos de transición representaban todavía 4.7% del PIB³⁷.

Mayor eficiencia en la gestión del sistema de pensiones

Al privatizar la actividad correspondiente a las pensiones, se espera una mejora en la calidad del servicio, debido a la experiencia, agilidad y flexibilidad propia de la empresa privada, superando los problemas de burocracia e ineficiencia característicos de la gestión pública.

Este beneficio puede que se haya dado, pero pierde importancia debido a los demás efectos negativos, y ante la desconfianza que rápidamente se generó sobre los sistemas privados de pensiones. Además, con la privatización se eliminó la participación de los trabajadores en la gestión, no hubo un diálogo social³⁸, y las funciones de regulación y supervisión fueron capturadas por los mismos grupos económicos responsables de la gestión de los fondos de pensiones³⁹, lo que creó un grave conflicto de intereses, todo esto provocó descontento en la población.

Por otro lado, la situación fue propicia para que surgiera uno de los más nefastos vicios de las privatizaciones: la corrupción. Autores como Ezrow y Frantz⁴⁰, consideran que los procesos de privatización han convertido al sector público en un instrumento de auto enriquecimiento, ya que quienes se encuentran en la parte superior de la jerarquía burocrática institucionalizaron la corrupción y encerraron a sus subordinados en prácticas corruptas de forma sistémica.

De acuerdo con Ksenia⁴¹, a corto plazo, las complejas negociaciones requeridas para la privatización crean la tentación y la oportunidad para la corrupción, ya que como señala Rose-Ackerman⁴², aquellos que quieran contratar con el gobierno pueden cometer actos de corrupción, por

³⁷ Carmelo Mesa-Lago. "Reversing pension privatization: The experience of Argentina, Bolivia, Chile and Hungary". ESS, Working Paper Nro. 44. (2014): 2. Disponible en: <https://www.ilo.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=43277>

³⁸ Carmelo Mesa-Lago. Evaluación de cuatro décadas de privatizaciones en... p. 25.

³⁹ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de... p. 810.

⁴⁰ Natasha Ezrow y Erica Frantz. "Revisiting the concept of the failed state: Bringing the state back in". Third World Quarterly. Volumen 34 (8), 2013, pp. 1323–1338. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/01436597.2013.831596>

⁴¹ Gerasimova Ksenia. "Can corruption and economic crime be controlled in developing countries and if so, is it cost-effective?". Journal of Financial Crime. Volumen 15(2), (2008): 223–233. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/13590790810866917>

⁴² Susan Rose-Ackerman. "Political corruption and reform in democracies: theoretical perspectives", en Juniche Kawata, ed., "Comparing Political Corruption and Clientelism". Hampshire, Ashgate, (2006): 45–62.

ejemplo: para ser incluidos entre los oferentes en un contrato; para inducir a los funcionarios a estructurar las especificaciones del contrato de tal manera que resulte favorecido; para ser seleccionado como el ganador del contrato, y, una vez seleccionado como contratista, obtener precios inflados en los bienes o servicios vendidos bajo el contrato, o economizar en la calidad de estos.

Sin embargo, Ksenia⁴³, también ha señalado que a largo plazo la privatización debería disminuir la corrupción porque reduce el poder y la discrecionalidad de los administradores públicos y burócratas, y aumenta la competencia y la transparencia.

Reducción de los gastos administrativos

Una de las más grandes expectativas con la privatización de los sistemas de pensiones radicaba en que se redujeran los gastos administrativos como consecuencia de la competencia entre administradores, pero en la práctica este no fue el caso, por el contrario, los costos administrativos de los fondos privados de pensiones resultaron ser superiores que los de régimen público, ocasionando que los rendimientos y los montos de pensiones sean menores⁴⁴.

Mayores beneficios para los pensionados

Se creía que, gracias a la privatización del sistema de pensiones, se generarían mayores niveles de beneficios y mejores incentivos para que la gente contribuyera⁴⁵, aumentando las tasas de cobertura y disminuyendo las desigualdades⁴⁶. Sin embargo, esa no fue la tendencia en América Latina, donde la privatización más bien tuvo un desempeño deficiente en materia de cobertura.

Por ejemplo, en Argentina, el número de cotizantes disminuyó de 46% de la fuerza de trabajo en 1993 (antes de la reforma) a 35% en 2003 en el caso de los hombres, y de 42 a 31% en el caso de las mujeres⁴⁷. Igual ocurrió en Chile, donde las tasas de cobertura bajaron de 64% en 1980 (antes de la

⁴³ Gerasimova Ksenia. "Can corruption and economic crime be..."

⁴⁴ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de..." p. 817.

⁴⁵ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de..." p. 804.

⁴⁶ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de..." p. 807.

⁴⁷ Fabio Bertranou, Oscar Cetrángolo, Carlos Grushka, y Luis Casanova. "Pension privatization and reversal of pension reforms in Argentina". ESS. Working Paper Nro. 64. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/329488005_Pension_Privatization_and_Reversal_of_Pension_Reforms_in_Argentina

reforma) a 61% en 2007⁴⁸. En otros países, como Bolivia, Colombia y Uruguay, las tasas de cobertura de la fuerza de trabajo se estancaron, por lo que tampoco se cumplió con la expectativa⁴⁹.

Otro efecto negativo de la experiencia privatizadora fue el impacto en la suficiencia de las pensiones, ya que los niveles de beneficios, en la mayoría de los casos, no cumplían con las normas de la Organización Internacional del Trabajo que exigían al menos una tasa de reemplazo del 40⁵⁰ o 45%⁵¹.

La privatización tampoco disminuyó las desigualdades. La fórmula en la que los regímenes públicos usualmente realizan el cálculo de las pensiones, contiene elementos de solidaridad para contrarrestar las desigualdades de género, ocasionada, por ejemplo, por el hecho de que las mujeres suelen tener historiales de cotización más cortos ya que sus carreras laborales suelen verse interrumpidas por la maternidad, se emplean a tiempo parcial, y devengan salarios inferiores de los hombres⁵².

Pero con la privatización, en sistemas como el chileno, la desigual distribución por género del trabajo remunerado y no remunerado y las peores condiciones laborales de las mujeres, fueron reproducidas por el sistema de pensiones de vejez en el cálculo de éstas, generando una cobertura insuficiente a través de la exclusión del sistema contributivo tanto de parte de las mujeres cotizantes como de la totalidad de las no cotizantes, y ocasionando pensiones contributivas menores que las que alcanzan los hombres⁵³.

Por otro lado, los detractores de las privatizaciones de las pensiones siempre han señalado que detrás de una propuesta de reforma del sistema de pensiones por el bien común siempre hay un objetivo de clase mayor: disminuir las cotizaciones patronales en el financiamiento de las jubilaciones, y extender el período de permanencia de los trabajadores en el mercado laboral, desvalorizando la fuerza de trabajo. Además, se dice que, en última instancia los que se benefician de los ahorros

⁴⁸ Carmelo Mesa-Lago. "Reversing pension privatization: The experience of..."

⁴⁹ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de..." p. 811.

⁵⁰ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 102...

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C128

⁵² Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de..." p. 813.

⁵³ Sabina Chamorro. "Privatización y discriminación de género: estudio de caso del sistema de pensiones chileno". *Papeles de Europa*, Volumen 31 (2), (2019): 127-148. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/63635>

previsionales son los grupos económicos que administran los fondos de pensiones y la industria de seguros⁵⁴.

IV. Aprendizajes de la experiencia privatizadora del sistema de pensiones y reflexiones

Luego de estudiar las causas que originaron los procesos de privatización de las pensiones en América Latina, así como el resultado de dichos procesos, se llegan a las siguientes reflexiones:

- i. La privatización como proceso de transferencia de servicios, funciones y/o responsabilidades del sector público al sector privado es una medida que ha sido exitosa en distintos países. Sin embargo, en el caso de la privatización de los sistemas de pensiones, la experiencia promedio no ha sido favorable y los gobiernos han tenido que revertirlo.
- ii. El éxito de un proceso de privatización dependerá de múltiples factores, entre los que destacan: a) que el objeto de la privatización responda a razones económicas, políticas y financieras; b) que el proceso sea transparente y objetivo, rechazando la corrupción en todas sus formas; c) que se inicie solo después de un verdadero análisis de riesgos en donde se tomen en cuenta todas las variantes, y sean oídas todas las partes involucradas directa o indirectamente; y, d) que se tomen medidas de control y vigilancia cuando se trata de la privatización de servicios, funciones y/o responsabilidades sensibles cuyo mal manejo pudiese afectar masivamente a la colectividad.
- iii. Antes de acordar sobre la conveniencia de privatizar un servicio, función y/o responsabilidad del sector público, es necesario estudiar si las causas que originan la discusión pudiesen ser atacadas con medidas distintas. En el caso de la privatización del sistema de pensiones quedó demostrado que los problemas eran reales, pero podrían haberse abordado con reformas paramétricas, con el fin de hacerlos sostenibles frente a los cambios demográficos, la maduración y otros desafíos futuros, lo que habría permitido mantener los sistemas públicos⁵⁵.

⁵⁴ Matari Pierre. "Jubilarse en el capitalismo de hoy..."

⁵⁵ Isabel Ortiz, Fabio Durán-Valverde, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. "La privatización de..." p. 807.

Revista de la Facultad de Derecho N° 76.

2022-2023

ISSN: 2790-5152

- iv. La gestión de los servicios, funciones y/o responsabilidades del sector público que hayan sido privatizados no puede hacerse incumpliendo con el ordenamiento jurídico ni desmejorando los derechos adquiridos de la población.
- v. La privatización debe hacerse buscando el bien común y no para beneficiar a una cúpula de poder. Los parámetros que se deben tomar en cuenta para decidir si un servicio, función y/o responsabilidad del sector público debe pasar al privado, deben estar orientados siempre hacia la búsqueda del bien de la colectividad, procurando eficiencias, elevando el nivel de servicio, y generando valor, apalancado en las características propias del sector privado, como lo son: la flexibilidad, agilidad y toma de decisiones apegadas a los fines de la empresa y no basadas en intereses políticos.
- vi. Revertir procesos de privatización es siempre una posibilidad, que podría presentarse cuando: los resultados del proceso no fueron los esperados, la empresa no cumplió con los acuerdos, o porque las condiciones han cambiado. La reversión es una decisión que debe ser el producto de la gestión por parte del sector público de su obligación de control y vigilancia sobre el servicio, función y/o responsabilidad privatizada. Sin embargo, resaltamos que la decisión de revertir debe ser tan estudiada como la de privatizar, no puede responder a intereses personales ni ser el producto de una decisión arbitraria por parte del gobierno. Así como la mala gestión debe ser castigada, la buena debe ser protegida.

CONCLUSIONES

- i. El experimento privatizador del sistema de pensiones en América Latina fue un fracaso al no lograr mejorar la seguridad de ingresos en la vejez, y por su bajo desempeño en términos de cobertura, niveles de beneficios, costos administrativos, costos de transición, e impactos sociales y fiscales.
- ii. A pesar de la pésima experiencia con la privatización del sistema de pensiones, no podemos cuestionar los beneficios que puede llegar a generar un proceso de privatización en otros servicios, funciones y/o responsabilidades del sector público.

- iii. Es admirable que algunos gobiernos hayan decidido revertir la privatización de los sistemas de pensiones, ya que se trata de un reconocimiento de que el proceso no alcanzó los objetivos planteados, y es una decisión que se toma para evitar el colapso del sistema.
- iv. Lamentablemente la experiencia privatizadora del sistema de pensiones en América Latina no logró solventar los graves problemas que existían y tampoco consiguió mitigar los riesgos asociados a la maduración de los sistemas de pensiones.

Bibliografía

- Barrera, Felipe y Olivera, Mauricio. “Does society win or lose as a result of privatization? Provision of public services and welfare of the poor: The case of water sector privatization in Colombia”.
- Banco Interamericano de Desarrollo. 2007. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Does-Society-Win-or-Lose-as-a-Result-of-Privatization-Provision-of-Public-Services-and-Welfare-of-the-Poor-The-Case-of-Water-Sector-Privatization-in-Colombia.pdf>
- Bertranou, Fabio. Cetrángolo, Oscar. Grushka, Carlos y Casanova, Luis. “Pension privatization and reversal of pension reforms in Argentina”. ESS. Working Paper Nro. 64. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/329488005_Pension_Privatization_and_Reversal_of_Pension_Reforms_in_Argentina
- Canadian Union of Public Employees. “Privatization has many names: P3, SIB, ASD, HUH?”. Disponible en https://cupe.azureedge.net/sites/cupe/files/guide_privatization_en.pdf
- Cetrángolo, Oscar. “La seguridad social en América Latina y el Caribe: Una propuesta metodológica para su medición y aplicación a los casos de Argentina, Chile y Colombia”, LC/W.258, Santiago de Chile, CEPAL. 2009. Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/3731/S2009247_es.pdf
- Chamorro, Sabina. “Privatización y discriminación de género: estudio de caso del sistema de pensiones chileno”. Papeles de Europa, Volumen 31 (2), 2019. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/63635>
- Chong, Alberto y Lora, Eduardo. ¿Valieron la pena las privatizaciones?. Nuso Nro. 207. Enero-Febrero 2007. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/valieron-la-pena-las-privatizaciones/>
- Ezrow, Natasha y Frantz, Erica. “Revisiting the concept of the failed state: Bringing the state back in”. Third World Quarterly. Volumen 34 (8), 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/01436597.2013.831596>
- Fraile, Lydia. “La experiencia neoliberal de América Latina. Políticas sociales y laborales desde el decenio de 1980”. Revista Internacional del Trabajo. Volumen 128 (3). Disponible en <https://doi:10.1111/j.1564-9148.2009.00059.x>.

- Gonzalo, José Antonio. Pina, Vicente y Torres, Lourdes. "Objectives, Techniques and valuation of state-owned companies in privatization processes". *Public Management Review*. Volumen 5 (2). 2003. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/1461667032000066408>
- Guillén Romo, Héctor. "México frente a la mundialización neoliberal". Ediciones Era S.A. De C.V. Ciudad de México, 2005.
- Howe, Geoffrey. "Privatization: The Way Ahead". Conservative Political Centre. Nro. 676. London, 1981.
- Ksenia, Gerasimova. "Can corruption and economic crime be controlled in developing countries and if so, is it cost-effective?". *Journal of Financial Crime*. Volumen 15(2), 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/13590790810866917>
- Mesa-Lago, Carmelo. "Evaluación de cuatro décadas de privatizaciones en América Latina (1980-2020): promesas y realidades". Friedrich Ebert Stiftung. 1º edición. República Dominicana. Mayo, 2021. Disponible en: <http://vox.lacea.org/files/CML2021.pdf>
- Mesa-Lago, Carmelo. "Reversing pension privatization: The experience of Argentina, Bolivia, Chile and Hungary". ESS, Working Paper Nro. 44. 2014. Disponible en: <https://www.ilo.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=43277>
- Michel, Albert. *Un reto para Europa. Cómo acabar con el paro*. Planeta, 1984.
- Nieves de la Serna Bilbao, María. "La privatización en España Fundamentos constitucionales y comunitarios". Navarra: Aranzadi, 1995.
- Orenstein, Mitchell A. *Privatizing pensions: The transnational campaign for social security reform*. Princeton University Press. 2009.
- Organización Internacional del Trabajo. Convenio 102, sobre la seguridad social (norma mínima), 1952. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102
- Organización Internacional del Trabajo. Convenio 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C128
- Organization for Economic Co-operation and Development. "Privatization in the 21st Century: Recent Experiences of OECD Countries. Report on Good Practices". OECD, 2009. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48476423.pdf>
- Orszag, Peter y Stiglitz, Joseph E. "Rethinking pension reform: Ten myths about social security systems". Conferencia del Banco Mundial: "New ideas about old age security", celebrada en septiembre de 1999. Disponible en: https://www0.gsb.columbia.edu/mygsb/faculty/research/pubfiles/1478/Stiglitz_pension_reform.pdf

- Ortiz, Isabel. Durán-Valverde, Fabio. Urban, Stefan. Wodsak, Veronika y Yu, Zhiming. “La privatización de las pensiones: tres décadas de fracasos”. *El Trimestre Económico*, vol. LXXXVI (3), núm. 343, julio-septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.eltrimestreeconomico.com.mx/index.php/te/article/view/926>
- Overman, Sjors. “Great Expectations of Public Service Delegation: A systematic review”. *Public Management Review*, Volumen 18 (8), 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14719037.2015.1103891>
- Parrott, Alee. “La seguridad social: Un gran designio amenazado de transformarse en pesadilla”. *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen III, Nro. 4. 1992.
- Peña Miguel, Noemí y Cuadrado-Ballesteros, Beatriz. “Is privatization related to corruption? An empirical analysis of European countries”. *Public Management Review*, Volumen 21 (1), 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14719037.2018.1444192>
- Pierre, Matari. “Jubilarse en el capitalismo de hoy. La clase trabajadora y los fondos de pensión”. *Memoria. Revista de crítica militante*. Nro. 256. 2015. Disponible en: <http://revistamemoria.mx/?p=722>
- Plá Rodríguez, Américo. “Estudios de la seguridad social”. Primera Edición. FCU. Montevideo, 1999.
- Rezzoagli, Bruno. Da Cunha Panis, Amanda. Granja Cancado, Jean Philippe y Celis León, Andrea Juliet. *Privatización y corrupción: una revisión sistemática de la literatura. Política y Sociedad*, Edición 58 (1), 2021. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/65281>
- Rose-Ackerman, Susan. “Political corruption and reform in democracies: theoretical perspectives”, en Juniche Kawata, ed., “Comparing Political Corruption and Clientelism”. Hampshire, Ashgate, 2006.
- Sarkar, Subrata y Sensarma, Rudra. “Partial privatization and bank performance: evidence from India”. *Journal of Financial Economic Policy*. Volúmen 2 (4). 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/17576381011100838>
- Saunders, Peter y Harris, Colin. “Privatization and Popular Capitalism”. Philadelphia, PA: Open University Press. 1994.
- The World Bank. “Helping Countries Combat Corruption: The role of the World Bank”. *Poverty Reduction and Economic Management*. September 1997. Disponible en: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corrptn.pdf>
- Torero, Máximo. Nakasone, Eduardo y Alcázar, Lorena. “Provision of Public Services and Welfare of the Poor: Learning from an Incomplete Electricity Privatization Experience in Rural Peru”. *Banco Interamericano de Desarrollo*. 2006. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Provision-of-Public-Services-and-Welfare-of-the-Poor-Learning-from-an-Incomplete-Electricity-Privatization-Process-in-Rural-Peru.pdf>

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

VENEZUELAN TAX TREATY POLICY ON INDIVIDUALS NON-BUSINESS ACTIVE INCOME¹

Ignacio Julio Andrade Cifuentes

Oriana Gabriela Rosas Parada

Eleana Alejandra Salazar Méndez

Andrés Alejandro Tagliaferro Del Peral

Juan Andrés Velutini Boulton

Resumen

Este trabajo fue preparado por la delegación de la Universidad Católica Andrés Bello que participó en la VI Edición del *Global Tax Treaties Commentaries (GTTC) University Project* organizado por el *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*. El IBFD inició este proyecto en 2014 para asistir en el estudio de los tratados para evitar la doble tributación y tiene la intención de convertir al GTTC en la fuente más autorizada de análisis y comentarios sobre las prácticas de los tratados fiscales en todo el mundo. El GTTC University Project tiene por objeto involucrar a equipos universitarios en la investigación empírica de los tratados para evitar la doble tributación de cada país. El tema de esta edición abarcó los artículos en la red de tratados de Venezuela relacionados con la atribución del poder tributario sobre las rentas activas no empresariales (*i.e.*, salarios, pensiones, honorarios de directores, ingresos de artistas y deportistas, estudiantes, profesores, y miembros de cuerpos diplomáticos).

Palabras clave: Tratados para evitar la doble tributación; atribución del poder tributario; rentas activas no empresariales; salarios; pensiones; honorarios de directores; ingresos de artistas y deportistas; estudiantes; profesores; miembros de cuerpos diplomáticos.

Abstract

This paper was prepared by Universidad Católica Andrés Bello's delegation that participated in the VI Edition of the *Global Tax Treaties Commentaries (GTTC) University Project* organized by the *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*. The IBFD initiated this project in 2014 to assist in the study of tax treaties and intends to make the GTTC the most authoritative source of analysis and Commentaries on tax treaty practices around the world. The GTTC University Project aims to engage university teams in empirical research on each country's tax treaties and policies. The topic of this edition covered articles in Venezuela's tax treaty network regarding the attribution of tax powers over non-business active income (*i.e.*, salaries, pensions, directors' fees, the income of artists and athletes, students, teachers, and members of diplomatic bodies).

Keywords: pensions; directors' fees; income of artists and athletes; students; professors; members of diplomatic bodies.

¹ Extendemos un especial agradecimiento al profesor Ronald Evans por sus recomendaciones y consejos durante la preparación de este trabajo. También agradecemos a la UCAB por la oportunidad de representarla en este proyecto. // Special thanks to Professor Ronald Evans for his advice during the preparation of this paper. We also thank UCAB for the opportunity to represent the University in this project.

Table of abbreviations and terms	
Abbreviation	Meaning
MLI	Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
PE	Permanent establishment
POEM	Place of effective management
UN	United Nations

1. GENERAL OVERVIEW OF DOMESTIC POLICY AND HISTORY

1.1. Venezuela's general tax treaty policy and history

Venezuela's tax treaty policy is unclear as publicly available official information is scarce. However, when analyzed under the country's then-current broader political and economic landscapes, there is a trend to be found that may bring light to its current tax treaty network. Changes in politics and economic objectives have heavily influenced Venezuela's tax treaty policy, particularly when considering the States with which Venezuela has concluded tax treaties. Considering the foregoing, Venezuela's tax treaty history may be divided into the three following periods: from 1990 through January 1999, from February 1999 through February 2013, and from March 2013 until today.

1.1.1. 1990 through January 1999

From the 1950's until the late 1970's, the Venezuelan economy boomed. With a strong currency, low levels of inflation, and a robust democracy, Venezuela was considered an example of growth². During this period, the country's economy depended almost exclusively on the oil industry. For instance, 1973's Yom Kippur War –which rose global oil prices and reinforced Venezuela's position as a prime oil exporter, skyrocketed Venezuela's income from oil. This led to two major political and economic decisions: (i) increased public expenditure and (ii) nationalizing the oil industry (1975). However, a few years later, a dire economic situation began due to decreasing oil prices and

² García, Henkel, "Inside Venezuela's economic collapse", *The Conversation* (10 July 2017). Available at: <https://bit.ly/3ktueuN>. Accessed on 20 April 2022.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

exacerbated public expenditure. Several economic measures, such as price control and exchange control regimes proved futile while inflation soared.

Although Venezuela's economic situation worsened, the country's international affairs remained strong, with an extensive treaty network encompassing various matters. Regarding double taxation treaties, in 1973, Venezuela became part of the Andean Community³, which in 1971 had enacted the "Agreement among Member Countries to avoid double taxation and the Standard Agreement for executing agreements on double taxation between Member Countries and other States outside the Subregion" (Decision No. 40⁴)⁵. Its membership in the Andean Community, led Venezuela to restrain from negotiating tax treaties with non-member countries as these did not follow the Andean Tax Models. It was not until the late 1980's that Venezuela began negotiating tax treaties with non-member countries, following the wording of the OECD and UN Models⁶. As of today, there are no treaties in the Venezuelan tax treaty network that follow the Andean Tax Models.

In the 1990-1999 period, Venezuela negotiated and concluded treaties with Italy (1990), France (1992), Belgium (1993), Sweden (1993), Germany (1995), Netherlands (1995), United Kingdom (1996), Portugal (1996), Czech Republic (1996), Trinidad and Tobago (1996), Switzerland (1996), Mexico (1997)⁷, Indonesia (1997), Norway (1997), Denmark (1998), Barbados (1998) and the United States of America (January 1999)⁸.

The treaties with Norway, Portugal, the Czech Republic, Indonesia, Trinidad and Tobago, Barbados, Denmark, and Mexico have Protocols foreseeing Venezuela's change of its domestic tax regime from a territorial tax system to a worldwide tax system, which happened in 1999.

³ Venezuela became part of the Andean Community on 13 February 1973. The country announced its withdrawal on 20 April 2006, and remained a member until 22 April 2011, due to certain provisions in the Community's statutes.

⁴ Decision 40's effective date is 1 January 1980 and terminated on 1 January 2005 after the entry into force of its latest double taxation regime.

⁵ In general, this regime attributed exclusive taxing rights to the source state while the OECD Model lends towards a shared allocation taxing powers, giving the primary taxing rights to the residence state, as well as the UN Model, with the difference that this one grants more taxing rights to the source state.

⁶ María Gómez, "Incidencia de la política exterior en la negociación de los convenios bilaterales de doble tributación internacional suscritos y en negociación por Venezuela", *Revista de Derecho Financiero* (April – June 2004), 178.

⁷ Not into force (see Section 1.5).

⁸ These are the years of signing and not of entry into force.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

During this period, Venezuela's tax treaty policy was based on the following premises⁹: (i) double taxation treaties are essential in the worldwide economy and should promote foreign investment, (ii) Venezuelan tax policy was an intermediate position between those who promoted the use of the Andean Community Model and those who promoted the use of the OECD Model, and (iii) Venezuela actively sought new double taxation treaties insofar (a) there is reciprocity in their negotiation and (b) the country's then-current Model Convention was considered. As shown above, all treaties concluded during this period were with European and American countries.

1.1.2. February 1999 through February 2013

The presidency of late Hugo Chávez, which started in 1999, was a turning point in Venezuela's politics and economics, which veered towards more socially oriented objectives. This proved true in its international affairs, in which Venezuela shifted its international relations towards countries in Asia, the Middle East and Eastern Europe with similar socially oriented objectives.

In 2000, the Venezuelan Government decided to create the "National Plan for Economic and Social Development" (*Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación*) to begin the new "Bolivarian constitutional era", by establishing structural changes to the country's socioeconomic and political system. This Plan was based on five general guidelines known as the "Five Pillars" (*Cinco Equilibrios*), the Government promoted and favored Latin-American and Caribbean integration and promoted an international society through alliances with underdeveloped countries. The Government strived to strengthen economic relations with Japan, China, Korea, India, Malaysia, Iran, Russia, and Eastern Europe and Venezuela's position in the Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC).

This new political perspective led Venezuela to conclude tax treaties with China (People's Rep.) (2001), Canada (2001), Spain (2003), Cuba (2003), Russia (2003), Kuwait (2004), Brazil (2005), Iran (2005), Austria (2006), Korea (Rep.) (2006), Qatar (2006), Malaysia (2006), Belarus (2007), Vietnam (2008) and United Arab Emirates (2010).

⁹ Ronald Evans, *Régimen Jurídico de la Doble Tributación Internacional* (Caracas: McGraw-Hill Interamericana, 1999), 212.

1.1.3. March 2013 until today

Following the death of Hugo Chávez, Nicolás Maduro became Venezuela's Interim President in March 2013. He was formally elected as President of Venezuela for the period 2013-2019 and re-elected for 2019-2025.

During the eight (8) years of Nicolás Maduro's Administration, Venezuela has concluded three (3) treaties, namely with Palestine (2014), Saudi Arabia (2015), and Turkey (2018), which are all Middle Eastern countries. This may lead to the conclusion that, during Maduro's Administration, Venezuela continued the public foreign policy initiated during Chávez's Administration.

It is also worth noting that the treaty with Turkey was concluded during a time in which five (5) Executive Orders issued by the United States, sanctioned several Venezuelan officials and prevented American citizens and persons within the territory of the United States from carrying out transactions with persons listed in the list of Specially Designated Nationals of the Office of Foreign Assets Control of the United States (OFAC). These sanctions led to an increase in Turkish investments in Venezuela, which today is one of Venezuela's most important economic partners.

1.1.4. Treaty Models used by Venezuela in each period

Upon entering the Andean Community in 1973, Venezuela restrained itself from negotiating tax treaties with non-member countries. In the late 1980's, Venezuela began negotiating tax treaties with non-member countries following the wording of the OECD and UN Models. In 1996, Venezuela prepared its own Model Convention, which is akin to the UN Model and exceeds it in some cases¹⁰. This Venezuelan Model is not publicly available.

Starting in 1999, it is unclear if Venezuela maintained or updated its Tax Treaty Model. However, during the preparation of this paper, an official of the Public Policy and Internal Management Office (previously known as the International Affairs Division) of the Venezuelan National Tax Administration *Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria*,

¹⁰ Ronald Evans, *Régimen...*, 212.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

“*SENIAT*”) unofficially informed us that the treaty concluded in 2018 with Turkey¹¹ reflects Venezuela’s most updated tax treaty policy.

1.2. General overview of the Venezuelan domestic law on the tax treaties topics covered in this paper

In Venezuela, the definition of salary for tax purposes differs from the definition of salary for employment purposes. Currently for tax purposes, only the “normal salary” (*salario normal*) is taxable¹². Under Venezuelan law, a normal salary is earned regularly and permanently and derives from dependent personal services, excluding incidental payments (*i.e.*, bonuses), seniority benefits, and other payments not deemed salary by the law.

There is no differentiated treatment for the income of directors, artists, athletes, students, business apprentices, trainees, professors, and researchers. Scholarship students are exempt from paying taxes on the amounts they receive to cover their living, study, or training expenses.

Regarding taxation of pensions derived from employment, Venezuela’s system is materially equivalent to an “Exempt-Exempt-Exempt (EEE)” tax regime, under which contributions, returns on investment and pension income are all taxation free¹³. From a technical perspective, contributions to the State pension fund are not subject to income tax and returns on investment and pension income are exempted from income tax as per Articles 14(4) and 14(6) of the Income Tax Law¹⁴.

¹¹ Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela for preventing double taxation with respect to taxes on income and the prevention of tax evasion and avoidance.

¹² Concerning salaries, wages, and similar remunerations earned by employees, the global salary -*salario integral*- (*i.e.*, wages, salaries, expenses, pensions, bonuses, and other similar remuneration, different from travel allowances) was taxable from 1942 to 2007 (Abache, Serviliano, *La desinstitucionalización de la Ley de Impuesto Sobre La Renta*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2019), 149.). However, on 27 February 2007, the Constitutional Chamber of the Supreme Justice Court amended article 31 of the Income Tax Law regarding salaries by establishing that only the normal salary -*salario normal*- is taxable (Supreme Court (Constitutional Chamber) Ruling N° 301 published on February 27, 2007; available at: <https://bit.ly/3vTY5lp>). In 2014, the Executive Branch amended the Income Tax Law and changed article 31 again by returning to taxation on global salary. In 2015, the Income Tax Law was reformed yet again and kept 2014’s wording. This situation created uncertainty on what would be income actually taxable. Therefore, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice issued two decisions to clarify that only the normal salary -and not the global salary- is taxable (Supreme Court (Constitutional Chamber) Ruling N° 499, published on 30 June 2016. Available at: <https://bit.ly/3OJFUHX>; Supreme Court (Constitutional Chamber) Ruling N° 673, published on 2 August 2016. Available at: <https://bit.ly/3koVBGE>).

¹³ Crf. OECD, “Chapter 2. Does the tax treatment of retirement savings provide an advantage when people save for retirement?” in OECD Pensions Outlook 2016. Available at: <https://bit.ly/3vqmRLb>. Accessed on 25 April 2022.

¹⁴ Extraordinary Official Gazette No. 6,210 of 30 December 2015.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

Regarding salaries, pensions and other similar remunerations earned by diplomats, according to article 30(3) of the Organic Tax Code¹⁵, Venezuelans who render services abroad in the representation of the Republic and receive remuneration from it shall be considered domiciled in Venezuela for tax purposes. Likewise, Article 6 of the Income Tax Law indicates that official activities executed abroad by public officers are deemed executed in Venezuela. This domestic treatment guarantees the exclusive taxing rights to the sending State over the salaries of diplomats.

1.3. The interaction between Treaties and the MLI

Venezuela has not signed the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI).

1.4. Treaties Pre-Dating the 1963 OCDE Draft Model

Venezuela did not sign tax treaties before 1963.

1.5. Treaties not currently in force

From our review, the following treaties are currently *not* in force:

- *Mexico*: Article 27 of the treaty with Mexico requires each State to notify the other State through diplomatic channels of the completion of the procedures required by their domestic law for the entry into force of the treaty. The treaty was concluded on 6 February 1997. While Venezuela carried out the legal procedures for the treaty's entry into force, there is no official information, as of today, confirming compliance with the formalities outlined in Article 27. According to freely accessible information published on the websites of the Tax Administrations of Mexico and Venezuela said treaty is currently *not* in force¹⁶.
- *Palestine*: Article 29 of the treaty with Palestine requires each to notify the other State through diplomatic channels of the completion of the procedures required by their domestic law for the entry into force of the treaty. The treaty was concluded on 16 May 2014. Palestine ratified the treaty on 1 July 2018, and Venezuela on 21 August 2014. However,

¹⁵ Extraordinary Official Gazette No. 6,507 of 29 January 2020.

¹⁶ In the case of Mexico, this information is available on the website of the Mexican National Tax Administration (*Servicio de Administración Tributaria*, "SAT"), on the following link: <https://www.sat.gob.mx/cs/Satellite?blobcol=urlldata&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1579314099247&ssbinary=true>. Accessed on 12 November 2022.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

while both countries carried out the legal procedures for the treaty's entry into force, there currently is no official information confirming compliance with the formalities outlined in Article 29.

- *Turkey*: Article 29 of the treaty with Turkey requires each to notify the other State through diplomatic channels of the completion of the procedures required by their domestic law for the entry into force of the treaty. According to freely accessible information published on the websites of the Tax Administrations of Turkey and Venezuela, *from a formal standpoint*, said treaty is currently in force and is applicable to income tax periods starting as of 1st January 2022¹⁷.

Nonetheless, from a *material perspective*, the Venezuelan Government did not comply with the treaty's entry into force procedures established by Venezuela's National Constitution¹⁸, which establishes that –leaving aside non-applicable exceptions, treaties entered by the Republic must be (i) approved by the National Assembly (ii) by means of a law (iii) prior to their ratification by the President¹⁹. In this case, after the treaty's conclusion by the Ministry of Foreign Affairs, the treaty was published in Official Gazette *without approval by the National Assembly nor ratification by the President*. On the other hand, the Ministry of Foreign Affairs approved the treaty through a *sub-legal regulation* (Resolution DM-Nº 498 dated 28 December 2018) which was signed by a government official other than the President.

Employment income

1.6. Article 15 – General rule

Article 15 of the OECD Model Treaty grants exclusive taxing rights over employment income to the State of residence, unless certain criteria are met by employments exercised outside of the state of residence. As a non-OECD country, Venezuela has never formally submitted reservations to any

¹⁷ In the case of Turkey, this information is available on the website of the Turkish Tax Administration (*Gelir Idaresi Baskanligi*), on the following link: https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasımevzuat/Turkiyenin_Sonuclandırdığı_Vergi_Anlaşmaları_Listesi.pdf. Accessed on 11 November 2022.

¹⁸ Extraordinary Official Gazette No. 5,908 of 19 February 2009.

¹⁹ Articles 154 and 187(18) of Venezuela's National Constitution.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

provisions in the OECD Models over time. Venezuela has similarly refrained from making reservations to the UN Model.

Venezuela shares tax treaties with various States who have submitted reservations to Article 15 of the OECD Model²⁰, and has additionally concluded several other treaties that similarly deviate from the OECD Model regarding Article 15, either by different wording²¹ or by clarifying the context thereof through extensions or additions to the Model provisions²².

These deviations do not impact the general rule that grants primary taxing rights to the State of residence of the recipient, but rather focus on the conditions for Source taxation found in articles 15(2) and 15(3) as shall be explained in sections 2.1.2 and 2.2, respectively.

1.6.1. Article 15(1) – Main rule

All Venezuelan tax treaties feature the OECD Model general rule regarding taxation of income from employment (other than pensions). That is, that such income is taxable in the State where the employment is effectively developed.

Article 15 of the OECD and UN Models do not define the terms “salary, wages or similar remunerations”. Therefore, and pursuant to Article 3(2) of the referred Models, such definitions must be looked for in the internal laws of the State over which tax power Article 15 may be applied. In the case of Venezuela, a Supreme Court precedent has determined that taxable employment income only encompasses remunerations earned regularly and permanently from dependent personal services (normal salary), excluding incidental payments (*i.e.*, bonuses), seniority benefits and other payments not categorized as salary by the law (*e.g.*, childcare, food voucher and other benefits)²³.

The Protocol to the treaty concluded with United States (1999), however, contains a definition of the terms the terms “similar remunerations” and “similar payments”, under Article 13 therein, which

²⁰ Norway-Venezuela Income and Capital Tax Treaty (1997) Treaties & Models IBFD; Denmark-Venezuela Income Tax Treaty (1998), Treaties & Models IBFD; Sweden-Venezuela Income Tax Treaty (1993) Treaties & Models IBFD; Switzerland-Venezuela Income and Capital Tax Treaty (1996) Treaties & Models IBFD.

²¹ Trinidad and Tobago-Venezuela Income Tax Treaty (1996) Treaties & Models IBFD; Brazil-Venezuela Income Tax Treaty (2005) Treaties & Models IBFD.

²² Czech Republic-Venezuela Income and Capital Tax Treaty (1996) Treaties & Models IBFD; United States-Venezuela Income and Capital Tax Treaty (1999) Treaties & Models IBFD; Kuwait-Venezuela Income and Capital Tax Treaty (2004) Treaties & Models IBFD; Qatar-Venezuela Income Tax Treaty (2006) Treaties & Models IBFD; United Arab Emirates-Venezuela Income and Capital Tax Treaty (2010) Treaties & Models IBFD.

²³ Supreme Court (Constitutional Chamber) Ruling No. 2007-301, issued on 27 February 2007.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

expands the notion of taxable employment income found in Venezuelan jurisprudence. As per article 2(2) of the Organic Tax Code²⁴, and article 26 of the Vienna Convention of the Law of Treaties (1969), this treaty definition will override Venezuelan domestic law definitions in any cases governed by the tax treaty with United States (1999).

1.6.2. Article 15(2) – Source-state taxation

Article 15(2) provides that employment income derived from activities performed in one State by residents of the other State, may be subject to source taxation, provided certain conditions are met regarding the non-resident recipient's presence in the source state (the "minimum presence test") and with regard to the employer/payee. Venezuela's tax treaties are generally faithful to the OECD Model regarding this rule, although with varying adherence or deviations from the minimum test rule found therein, which computes non-resident employee presence regarding "*any twelve-month period commencing or ending in the fiscal year concerned*".

Most treaties concluded by Venezuela substantially adhere to the OECD Model with regard to the scope of the minimum presence test required for Source-state taxation over employment income received by non-residents. Twenty (20) out of thirty-five (35) treaties executed by Venezuela directly reproduce, word-for-word, OECD Model language on this matter²⁵. Article 15(2) of the treaty with the Netherlands (1995) also reproduces OECD Model language with regard to the scope of the minimum presence test contained therein, whilst clarifying that the relevant fiscal year shall be determined by the Source state's domestic law, as is suggested by OECD Commentaries on Article 15(2)²⁶. The treaties with Trinidad and Tobago (1996) and the United States (1999), deviate from OECD Model language, but use substantially similar terms in defining the scope of the applicable minimum presence test, as any twelve-month periods commencing or ending, respectively, "*in the year of income*" and "*in taxable income year.*"

²⁴ Rule that has been interpreted as the basis of the hierarchical supremacy of the tax treaties entered by Venezuela, with respect to domestic tax laws.

²⁵ Treaties with Austria (2006), Belarus (2007), Brazil (2005), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Turkey (2018), and the United Arab Emirates (2010).

²⁶ Para. 4.1 OECD Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 15 (2017).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

The treaties with Canada (2001), Qatar (2006), Vietnam (2008) and Turkey (2018) feature slight deviations from the OECD Model in referring to twelve-month period commencing or ending in the relevant *calendar* rather than fiscal years for computing minimum presence, following an alternative solution proposed by OECD Commentaries to Article 15(2)²⁷.

More notable deviations from the OECD Model may be found in the treaties signed with Italy (1990), France (1992), Switzerland (1996) and Barbados (1998) and in the treaty with Germany (1995), which contain minimum presence tests focused, respectively, on a single fiscal year and on a single calendar year. The scope of the minimum presence tests found in these treaties adhere to the rule contained in the 1977 OECD Model, which was amended in the 1992 OECD Model in response to the former rule's perceived susceptibility to abuse, through back-and-forth shuttling of employees between two States in a single year²⁸. Although negotiations over the treaties with Italy (1990), France (1992), Germany (1995) and Switzerland (1996) began prior to the publication of the 1992 Model, this is not the case of the treaty with Barbados (1998)²⁹, implying a conscious choice to depart from contemporary OECD suggestions.

Contrary to the above, the treaties with Belarus (2007), Belgium (1993), Sweden (1993), United Kingdom (1996), Czech Republic (1996), Mexico (1997) and Indonesia (1997) feature minimum presence tests with an extended scope, in relation to the OECD Model, that focuses on "any period of 12 months", without regard to the corresponding fiscal period or calendar year of the relevant employment income.

Lastly, the treaty with Czech Republic (1996) is unique among Venezuelan treaties in containing a definition for the term "employer", as well as in clarifying that only "days of physical presence" may be used for computing minimum presence, as has been proposed by the OECD Council since 1995³⁰.

²⁷ OECD Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 15 (2017).

²⁸ Para. 8 OECD Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 15 (2017).

²⁹ María Gómez, "Incidencia de la política exterior en la negociación de los convenios bilaterales de doble tributación internacional suscritos y en negociación por Venezuela." in *Revista De Derecho Financiero*, No. 2, Abril-Junio 2004, 2004, 203.

³⁰ Para. 5 and 5.1 OECD Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 15 (2017).

1.7. Article 15(3) – Employment in international traffic

All treaties concluded by Venezuela assign non-exclusive taxing rights over employment income derived from activities performed in ships or aircraft in international traffic, to the State where the place of effective management (POEM) of the enterprise is located, regardless of whether such State is party to the applicable treaty, under article 15(3)³¹.

The treaty with Saudi Arabia (2015) is unique among those concluded by Venezuela in extending the scope of Article 15(3) to cover employment income derived from activities performed “*aboard a boat engaged in inland waterways transport*”, as found in the OECD Models prior to 2017 and with the UN Model. The treaty with Brazil (2005) similarly includes employment income derived from activities exercised aboard a land transport vehicle operated in international traffic as covered under Article 15(3).

The treaties with Denmark (1998), Norway (1997) and Sweden (1993), contain exceptions to this rule that relate to the reservations made by the corresponding contracting States to the OECD Model in 1992, with regard to activities performed aboard aircraft operated by Scandinavian Airlines System (SAS).³² The treaties with Denmark (1998) and Sweden (1993) allocate exclusive taxing rights over any income derived therefrom to Denmark and Sweden, respectively, whilst the treaty with Norway (1997) instead assigns exclusive taxing rights there over to the State of the residence.

Lastly, the tax treaties concluded with Kuwait (2004) and United Arab Emirates (2010) contain an additional paragraph to Article 15 (article 16 in the treaty with the United Arab Emirates) that relates to income obtained by ground personnel from activities related to an aircraft or vessel destined for international traffic. In the first case, the treaty with Kuwait (2004) orders the exemption of any income received by ground personnel designated by a non-resident airline in the State where the ground services are performed. The treaty with the United Arab Emirates (2010) provides that income derived by nationals of one state, for services performed as ground personnel in the other State, may only be taxed in the state of nationality.

³¹ Pistone, Pascual, “Article 15 – Income from employment (Section 2.2.1.2.1.1)”, in *Global Tax Treaty Commentaries: Model Conventions and Bilateral Tax Treaties in Theory and Practice*. Accessed on 25 Mar 2022.

³² Reservations on the Article. Para. 15 OECD Model Tax Convention (Full Version) (2017). Page C(15)-31.

1.8. Article 19 – Government service.

As a non-OECD country, Venezuela has never formally submitted reservations to any treaty provisions in the OECD Models over time. Likewise, Venezuela has refrained from making reservations to the UN Models regarding Article 19.

Thirty-four (34) out of the thirty-five (35) tax treaties signed by Venezuela feature deviations from the 2017 OECD and UN Models, most commonly by expressly excluding pensions from the scope of Article 19, by defining income covered thereunder as “*remuneration, other than a pension*”³³ or “*salaries, wages and other similar remuneration, other than a pensions*”³⁴, in contrast to current OECD and UN Model wording, which omits any reference to pensions. This deviation is likely the result of adherence to the OECD and UN Models in force during the time of negotiation of the treaties, as these phrases may be found in prior OECD and UN Models³⁵. The treaties signed with Germany (1995) and Malaysia (2006), contain an extended definition of income covered under Article 19 that include payments made by a “*Land*” (*i.e.*, a sovereign federated state of Germany) and a “statutory board”.

The most relevant deviations from Model treaties, however, may be observed in the tax treaties concluded with the Netherlands (1991), France (1992), Belgium (1993), Germany (1995), Barbados (1998), Germany (1995), Korea (Rep.) (2006), United Arab Emirates (2010).

1.8.1. Article 19(1) – Main rule

The main rule concerning government services income consists in the allocation of exclusive taxing rights over salaries, wages and other similar remunerations paid by the national or local authorities of a Contracting State, for services of a governmental nature, to the paying Contracting State³⁶. The OECD Model contains an additional rule that assigns taxing power over such income to

³³ Italy (1990), Netherlands (1991), Belgium (1993), Sweden (1993), Czech Republic (1996), United Kingdom (1996), Indonesia (1997), Norway (1997), Barbados (1998), United States (1999), and Cuba (2003).

³⁴ Portugal (1996), Trinidad and Tobago (1996), Switzerland (1996), Mexico (1997), Denmark (1998), China (2001), Canada (2001), Spain (2003), Russia (2003), Kuwait (2004), Brazil (2005), Iran (2005), Austria (2006), Korea (2006), Qatar (2006), Malaysia (2006), Belarus (2007), Vietnam (2008), United Arab Emirates (2010), Palestine (2014) and Saudi Arabia (2015).

³⁵ The phrase “*remuneration, other than a pension*” was included the 1992 OECD Model treaty and in the UN Model treaties prior to 2001; while the phrase “*salaries, wages and other similar remuneration, other than a pensions*” was included in the 1998, 2000 and 2003 OECD Model treaties and in the 2001 UN Model, in force until 2011.

³⁶ Para. 5 OECD Model Tax Convention (Full Version) (2017) Commentaries on Article 19. Page C (19)-2-3.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

the other Contracting State, whenever the relevant governmental services are rendered therein by nationals who qualify as residents thereof.

The treaties with Belgium (1993), Germany (1995) and Barbados (1998) contain additional paragraphs to Article 19, which provide that taxing rights over income derived from activities developed under cooperation agreements or assistance programs shall be allocated in accordance with the main rule found in Article 19(1). The treaty with Korea (Rep.) (2006) contains an additional paragraph to Article 19 too, under which payments made by certain public banking institutions of each Contracting State shall also be covered by the main rule found in Article 19(1).

The treaties with France (1992) and Germany (1995) follow the 1963 Draft Convention Model and expressly include pensions as income covered under Article 19(1). These treaties further deviate from the 2017 OECD Model with regard to the rule contained in subparagraph (b). Whereas the treaty with France (1992) overlooks this rule, the treaty with Germany (1995) extends its application to income derived from government services performed in a Contracting State by residents thereof who do not possess the nationality of the other Contracting State paying for such services.

The treaty with Netherlands (1991) features another major deviation from the provisions found in all OECD Models after 1977, in allocating non-exclusive taxing rights to the State paying for the relevant government services.

1.8.2. Article 19(3) – Employment in government business.

Venezuela's treaty policy regarding Article 19(3) often deviates from the OECD Model regarding the activities included as subject thereto. The treaties with Sweden (1993) and Turkey (2018), for example, refer to income derived from services rendered in connection to an "industrial activity" carried on by a Contracting State or a political subdivision or local authority thereof. Another common deviation is the substitution of the terms "economic activity"³⁷ and "commercial activity"³⁸ as

³⁷ "*Actividad económica*", as it reads in the official Spanish version of the OECD 2017 Model, Condensed Version. Available at: <https://bit.ly/3Lwxf9A>. Accessed on 24 April 2022.

³⁸ "*Actividad comercial*", as it reads in the official Spanish version of the 2011 UN Model. Available at: <https://bit.ly/3KtvBUU>. Accessed on 24 April 2022.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

proposed by the OECD and UN Models, respectively, with the terms “business(es)”³⁹ (e.g., Barbados (1998)), “business activity” (e.g., Cuba (2003))⁴⁰ or “an activity or business”⁴¹ (Belarus (2007)).

Other deviations from the OECD and UN Models may be grouped as follows:

- Fifteen (15) treaties do not refer to Article 17 as applicable over any income derived from services rendered in connection with a business carried on by a Contracting State or a political subdivision or a local authority thereof⁴². Among these, the treaties with Italy (1990), Germany (1995) and the Czech Republic (1996) were negotiated during the prevalence of the 1977 and 1992 OECD Models, which did not include references to article 17, under the argument that this article should apply to government services, regardless of the connection with business carried on by the State⁴³. In the case of the treaty with France (1992), the lack of a reference to Article 17 corresponds to a reservation made by France, claiming that public remuneration of entertainers and sportspersons should be covered by Article 19⁴⁴.
- The tax treaty with United States (1999) refers to Article 14 as applicable to income derived from services rendered in connection with a business carried on by a Contracting State or a political subdivision or a local authority thereof. At the time of signing, Article 14 had not been deleted from the OECD Model.
- The treaty with Canada (2001) contains a unique wording that differs from any found in present or previous OECD Tax Models, in suppressing express mention of Articles 16, 17 and 18 as potentially applicable to salaries, wages and remunerations derived from services rendered in connection with a business activity carried on by a State or a political subdivision or a local authority thereof. As such income is expressly excluded from the scope of Article 19(1), however, the omitted provisions would nonetheless apply whenever

³⁹ “*Negocio(s)*”, as it reads in the Spanish version of the treaty with Barbados (1998).

⁴⁰ “*Actividad empresarial*”, as it reads in the Spanish version of the treaty with Cuba (2003).

⁴¹ “*Actividad o un negocio*”, as it reads in the Spanish version of the treaty with Belarus (2007).

⁴² Italy (1992) France (1992), Belgium (1993), Sweden (1993), Germany (1995), Netherlands (1995), United Kingdom (1996), Czech Republic (1996), Trinidad and Tobago (1996), Switzerland (1996), Mexico (1997), Indonesia (1997), Barbados (1998), Cuba (2003) and Russia (2003).

⁴³ History. Para 6. OECD Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 19 (2017). Page C (19) 11.

⁴⁴ Para 13. OECD Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 19 (2017). Page C (19) 5-6.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

the relevant income fall within their corresponding scope, pursuant to Article 2(3) subparagraphs (a) and (b), except for pension payments, as per the reservation made by Canada. In any case, the treatment afforded to any income excluded from Article 19(1) or subjected to Articles 15, 16, 17 and 18 by Article 19(3) must be determined on a case-by-case basis, in reference to specific provisions contained in the relevant tax treaty regarding Articles 15, 16, 17 and 18.

1.9. Article 28 – Members of diplomatic missions and consular posts

Notwithstanding variations in article numbering and the use of similar or analogous terms, treaties concluded by Venezuela incorporate substantially similar provisions, regarding Members of Diplomatic Missions and Consular Posts, to those found in the OECD and UN Models, with limited, though significant deviation therefrom.

The treaties with Germany (1995), Canada (2001), the Netherlands (1995) and Switzerland (1996), all OECD members states, expressly provide that “for the purpose of the Convention, the sending State [shall be considered] as the State of residence of the members of the diplomatic missions and consular posts of the Contracting States.”⁴⁵

The treaties with Canada (2001), the Netherlands (1995) and Switzerland (1996) also include special provisions that excludes the treaty’s application to “international organizations, entities and officials thereof [as well as] members of diplomatic, consular or permanent missions from other States” who are subject, in either Contracting State, to different income tax rules than those applicable to residents in such Contracting State⁴⁶.

The treaty with Saudi Arabia (2015) adheres to the OECD Model provision regarding Members of Diplomatic Missions and Consular Posts in its Article 26, while containing an identically titled Article 27 which refers to limitation of treaty benefits with respect to domestic Tax Avoidance Rules. The English version of this treaty, which prevails in the case of conflict, however, aptly titles this latter section as “Miscellaneous Provisions”. Lastly, the treaty with Sweden (1993) features a minor

⁴⁵ 2017 OECD Commentaries to the Model Tax Convention (condensed version); Commentaries on Article 28 (page 517). The OECD Commentaries suggest this wording for countries whose laws contain provisions to the effect that members of diplomatic missions and consular posts whilst abroad shall for tax purposes be deemed to be residents of the sending States.

⁴⁶ 2017 OECD Commentaries to the Model Tax Convention (condensed version); Commentaries on Article 28 (page 518).

deviation from the OECD Model, in referring exclusively to fiscal privileges contained in the 1961 and 1963 Vienna Conventions on Diplomatic Relations and Consular or in other special agreements.

Article 16 – Directors’ fees

1.10. Article 16 (OECD Model)/ Article 16(1) (UN Model) – Main rule

Venezuela’s treaty network generally follows the OECD Model provisions regarding taxation over fees received by directors and/or members of governing bodies analogous to corporate boards. Notwithstanding the varying use of similar or analogous terms (see Section 3.6), all thirty-five (35) treaties incorporate provisions that correspond to Article 16 of the OECD Model and Article 16(1) of the UN Model, with slight deviations therefrom.

- The treaty with Belgium (1993) provides for the analogous application of the main rule applicable to Director’s fees, over payments that correspond to activities deemed, under the domestic laws of company’s State of residence, of a similar nature to those performed by company directors. This deviation from the OECD Model is similar to that found in the treaties with Mexico (1997) and the Netherlands (1991), which, respectively, grant analogous treatment to the benefits received by managers (“*administradores*”) or statutory auditors (“*comisarios*”) and by "*bestuurder*" and "*comissaris*" to Dutch companies, defined as “persons who are nominated by the general meeting of shareholders or by any other competent body of such company and are charged with the general management of the company and the supervision thereof, respectively,” under the Article XI of the First Protocol to the treaty concluded between Venezuela and the Netherlands.
- Article 16(2) of the treaty with Belgium furthermore provides that the rules contained in Article 15 shall govern taxation over any payments received by (i) Directors (or analogous office holders, as previously discussed) in connection with daily, managerial or technical activities and (ii) residents in connection with corporate or personal services provided to a partnership or other, non-capital stock business entity, instead of the main rule contained in Article 16. This deviation orders the treatment of such paying entities and recipients as

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

employers and employees, respectively, following the reservations made by Belgium with regard to Article 16⁴⁷.

- The treaty with Indonesia (1997) similarly excludes income related to daily managerial or technical activities performed by directors or members of governing bodies analogous to corporate boards from the scope of Article 16, remitting instead to the employment income taxation rules contained in Article 15.
- The Protocol to the treaty with the United States of America protocol (1999) expressly includes benefits received in-kind⁴⁸ for services performed in the capacity of member to the board of directors as income covered under Article 16, regardless of whether such benefits qualify as salary payments under the domestic law of both States, as suggested by OECD Commentaries on Article 16⁴⁹.

1.11. Article 16(2) (UN Model) – Salaries, wages, and other similar remuneration derived by an official in a top-level managerial position

This UN Model rule is only included in the treaty with Qatar (2006), which deviates therefrom in allocating exclusive taxing rights to the company's State of residence, in contrast with the shared taxing rights suggested by the UN Model.

1.12. Residence State taxing rights

The OECD and UN Models provide ancillary residence State taxing rights over director's fees and other income covered under Article 16. As ratified by OECD Commentaries to the OECD Model⁵⁰ and by independent commentators,⁵¹ residence States must provide tax relief over income covered by Article 16, as per the mechanisms for eliminating double taxation contained in Article 23 of the

⁴⁷ 2017 OECD Commentaries to the Model Tax Convention (full version); Commentaries on Article 16 (paragraphs 1.1.; page C (16)-1).

⁴⁸ These benefits include, but are not limited to, the use of a residence or automobile, health or life insurance coverage and club memberships, provision of meals, food and groceries, childcare, reimbursement of medical, pharmaceutical and dental care expenses, provision of work clothing, toys and school supplies, scholarships, reimbursement of training course expenses, mortuary and burial expenses.

⁴⁹ 2017 OECD Commentaries to the Model Tax Convention (full version); Commentaries on Article 16 (paragraphs 1.1.; page C(16)-1).

⁵⁰ Pistone, Pascual, "Article 16 – Directors' Fees (Section 5.1.3.1.4.)", in *Global Tax Treaty Commentaries: Model Conventions and Bilateral Tax Treaties in Theory and Practice*.

⁵¹ 2017 OECD Commentaries to the Model Tax Convention; Introduction (paragraphs 19-21; pages 15-16). Pistone, Pascual, "Article 16 – Directors' Fees (Sections 2.1., 3.1.1., and 3.1.2.)", in *Global Tax Treaty Commentaries: Model Conventions and Bilateral Tax Treaties in Theory and Practice*.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

applicable tax treaty, whereas source States are unencumbered thereby in exercising the corresponding taxing rights.

Such limited residence State taxing rights over income covered under Article 16 may be found in all treaties concluded by Venezuela, with the sole exception of the treaty with Qatar (2006), which attributes exclusive taxing rights thereover to the source State (*i.e.*, the company's State of residence).

Although not within the scope of this Section 3.3, it is worth noting that several treaties executed by Venezuela deviate from the OECD and UN Models' Article 4 regarding residence, the determination of which may vary depending on the residence State of the company and/or director for the purposes of Article 16.

1.13. Source State taxing rights

As previously stated, all thirty-five (35) treaties concluded by Venezuela provide unlimited Source State (*i.e.*, the company's State of residence) taxing rights over income covered under Article 16. The treaty with Qatar (2006) is unique among treaties concluded by Venezuela in attributing exclusive taxing rights to the source State.

1.14. Method of taxation

Neither the OECD Model nor the UN Model expressly provide for specific methods of taxation applicable to income covered by Article 16. Accordingly, no treaty executed by Venezuela refers to compulsory methods of taxation applicable thereover. Taxation over directors' fees or other income covered under Article 16 shall therefore be determined by the domestic legislation found in either State.

1.15. Income covered

Neither the OECD Model nor the UN Model expressly provide specific definitions for "director's fees" or "similar payments" or for "salaries, wages, and other similar remuneration" in the case of the UN Model, for the purposes of Article 16. Several treaties executed by Venezuela use analogous terms⁵², while others specifically define the meaning of such terms. In any case, Article 16

⁵² For instance, regarding the term "director", Venezuelan treaties use "directors" (*directores*), board of directors (*junta directiva*), administration or supervisory board (*consejo de administración o vigilancia*), to a varying degree. Regarding the term "fees or any other similar payment", Venezuelan treaties use the terms "shares" (*participaciones*), attendance fees and

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

wording, as found in the treaties concluded by Venezuela, allow for the interpretation that income covered thereby must feature a direct and causal nexus with activities performed in the capacity of directors, or other analogous roles. Any income that is not related to activities performed within such capacity is therefore outside the scope of this rule.

Article 17 – Entertainers and sportspersons

1.16. Policy and history

Venezuela treaty practice regarding Article 17 has generally consisted in a faithful adherence to OECD Model and Commentaries thereon. All thirty-five (35) treaties signed by Venezuela include Article 17(1) which provides for non-exclusive source taxation over athletic or artistic performances by non-residents. All thirty-five (35) treaties also feature the OCDE Model Article 17(2), regarding income received by persons or entities other than the performing artist/sportsperson, with some minor deviations contained in the treaties entered into with the United States (1999) and Switzerland (1996).

Venezuela has furthermore mostly followed OECD recommendations regarding the wording of an additional Article 17 provision excluding source taxation over events subsidized by the other State with the use of public funds or organized by non-profit organizations or under cultural exchange programs. It is about this Article 17(3) that Venezuelan treaty practice regarding Article 17 mostly varies. Only three (3) of the first eleven (11) treaties negotiated and executed between 1990 and 1996, in Venezuela's initial treaty negotiation phase, contain a version of Article 17(3), whereas all treaties signed after this period do so.

It should be noted that the inclusion of an optional Article 17(3) was first recommended in the 1992 Commentaries on the OCDE Model, whereas the first batch of treaties were primarily negotiated over the 1977 OCDE Model that did not address this matter. Among the variations of Article 17(3)

other similar remuneration (*dietas de asistencia y otras retribuciones similares*), fees (*honorarios*), emoluments (*emolumentos*) similar payments (*pagos análogos*), among others, to a varying degree. The usage of these terms seems to match those from the French version of the OECD model, which uses the terms *tantièmes* –“a percentage or proportional share, especially of profits or earnings– and *jetons de presence* –“fees paid for the attendance at the meetings of the meetings of either the corporate governance body, i.e. the board of management, or *conseil d'administration* in the French version, and the board of supervision, or *conseil de surveillance* in the French version” (see Pistone, Pascual, “Article 16 – Directors’ Fees (Section 5.1.1.2.)”, in *Global Tax Treaty Commentaries: Model Conventions and Bilateral Tax Treaties in Theory and Practice*).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

contained in Venezuela's tax treaties, thirteen (13) treaties excludes source taxation, nine (9) treaties orders source tax exemptions and five (5) treaties provide for the application of Articles 7, 14 and 15 in place of Article 17.

Treaties signed with the United States (1999) and Mexico (1997) most deviate from the Model and from Venezuela's general policy on Article 17, regarding income covered thereunder.

Article 17(1) of the US Treaty limits the application of Article 17 rules to income that qualifies for Articles 14 or 15 for source tax exemption, and that exceeds a minimum threshold of six thousand United States dollars (USD 6,000.00). This implies an inverse priority of application than that found in the OCDE Model and in all other treaties signed by Venezuela, wherein Article 17 has priority over Articles 14 and 15, respectively, with regard to income from independent personal services and employment.

The Venezuela-Mexico Treaty (1997) is unique among Venezuelan treaties in providing a definition of income covered by Article 17. This definition was further expanded by a 1997 Protocol, which incorporated elements of income that were later included as subject to Article 17 in the Commentaries to the 2014 and 2017 OCDE Models.⁵³

1.17. Residence State taxing rights

Article 17 of the OCDE Model does not directly refer to residence State taxing rights, but merely implies a subsidiary taxing right as no exclusive source taxing rights are granted nor are any limits on residence taxation imposed.

Most treaties signed by Venezuela do however contain an Article 17(3) which follows the optional article first proposed in the 1992 Commentaries to the OCDE Model in governing taxation over events sponsored by public funds or organized by non-profit organizations or as a result of cultural exchange programs or treaties. Twenty-two (22) tax treaties provide for exclusive resident state taxation either through restrictions on source taxing rights⁵⁴ or exemptions on source state

⁵³ Para. 9 OCDE Model Commentaries on Article 17 (2014). Para. 15.5. OCDE Model Commentaries on Article 17 (2017).

⁵⁴ Treaties with France (1992), Germany (1995), Norway (1997), Barbados (1998), Denmark (1998), United States (1999), Spain (2001), Russia (2003), Brazil (2005), Iran (2005), Austria (2005), Malaysia (2006), and Vietnam (2008).

taxation⁵⁵. Treaties signed with Canada (2001), China (2001), Kuwait (2004), Qatar (2006) and Turkey (2018) do not expressly exclude source state taxation but merely call for the application of Article 14 or 15 distribution rules in place of Article 17.

1.18. Source State taxing right

Article 17 primarily serves to secure source state taxing rights over performances by non-resident entertainers and sportspersons through a more generous distribution that found in the otherwise applicable Articles 14 and 15. As found in all thirty-five (35) tax treaties signed by Venezuela, Article 17 grants source states the primary right to tax activities by non-resident artists or sportspersons, regardless of the length of their stay or the existing of any fixed base, in accordance with domestic law. This may be contrasted with the requirements imposed upon source taxation over independent personal services and employment income under Articles 14 and 15, as discussed previously.

In the specific case of the treaty concluded with the United States (1999) Article 17 grants source state taxing rights over otherwise exempt income, under Articles 14 and 15, provide such income exceeds a minimum threshold of six thousand United States dollars (USD 6,000.00).

Source State tax rights under Article 17 extend to all income derived from a taxable performance, including any portions accrued to persons or entities separate from the non-resident performer, regardless of such person's or entity's residence and of any otherwise applicable tax treaty, as per Article 17(2). Treaties signed with the United States (1999) and Switzerland (1996) contain amended Article 17(2) provisions, which limit source taxation over performance income derived by non-performing persons or entities whenever it may be demonstrated that such income shall not benefit the non-resident performer.

Source State taxing rights may be limited under Article 17(3), found in most Venezuelan tax treaties. As seen above, income derived from performances supported by public funds, organized by nonprofit corporations and/or related to cultural exchange programs and/agreements may be exclusively taxable in the residence state or exempted from taxation in the source State. Under the

⁵⁵Treaties with Belarus (2007), Indonesia (1997), Mexico (1997), Palestine (2014), Saudi Arabia (2015), Trinidad and Tobago (1996), and the United Arab Emirates (2010).

treaties with Canada (2001), China (2001), Kuwait (2004), Qatar (2006) and Turkey (2018), source state taxing rights over income derived such performances is determined by application of the Article 14 and 15 taxation rules.

1.19. Method of taxation

Venezuelan tax treaties provide limited guidance on the method of taxation permissible for income subject to Article 17. Source and residence taxation shall therefore be primarily determined by domestic law, within the limits set by Article 17.

1.19.1. Source state taxation

Venezuelan tax treaties generally provide for a priority right of source State taxation over income derived from artistic and/or athletic performances, unless funded through public funds, organized by nonprofit organizations, or related to cultural exchange agreements. In such circumstances, exercise of source State taxation may be fully excluded⁵⁶, constrained by obligatory exemptions⁵⁷ or subjected to the distributive rules found in Articles 14 or 15⁵⁸.

Rules governing applicable tax rate, tax base calculation (net or gross taxation) and collecting procedures, including tax withholdings, among other matters related to method of taxation, shall be determined by the domestic law of the source State.

Under Venezuelan domestic Law, taxable income derived from artistic and/or athletic performances by non-residents is determined over a presumptive tax base equivalent to ninety per cent (90%) of gross amounts paid to the performer, which is then subject to withholdings at a progressive rate of up to thirty-four per cent (34%).⁵⁹ The application of this presumption on taxable income, as well as of the applicable withholding rate, may however be lifted, on a case-by-case basis, by virtue of

⁵⁶ Treaties with France (1992), Germany (1995), Norway (1997), Barbados (1998), Denmark (1998), United States (1999), Spain (2001), Russia (2003), Cuba (2003), Brazil (2005), Iran (2005), Austria (2005), Malaysia (2006), and Vietnam (2008).

⁵⁷ Treaties with Belarus (2007), Indonesia (1997), Mexico (1997), Palestine (2014), Saudi Arabia (2015), Trinidad and Tobago (1996), Cuba (2003), South Korea (2006) and the United Arab Emirates (2010).

⁵⁸ Treaties with Canada (2001), China (2001), Kuwait (2004), Qatar (2006) and Turkey (2018).

⁵⁹ As per articles 39 of the Income Tax Law, 32 of the Regulations of the Income Tax Law (Extraordinary Official Gazette No. 5,662 of 24 September 2003) and 9(1) of the Regulations of the Income Tax Law on Withholdings (Official Gazette No. 63,203 on December 5, 1997).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

Non-Discriminatory Clauses contained in Venezuelan treaties, depending on the potential preferential treatment hypothetically granted to residents facing a similar situation.

Source states similarly enjoy a relatively broad freedom to determine which income is covered under Article 17, in absence of a treaty definition thereof in all but one (1) Venezuelan treaty, as discussed below.

1.19.2. Residence state taxation

As regards residence State taxation, guidance on applicable methods of taxation under Article 17 is similarly limited to source State taxing right priority and does not exclude residence taxation. In this regard, residence taxation over income derived from artistic and/or athletic performances shall be primarily limited by the Methods for Avoidance of Double Taxation contained in the relevant treaty, which may provide for tax exemptions or tax credits.

Nevertheless, Residence states include exclusive taxing rights over income derived from performances funded by its own public funds or related to cultural exchanges under several Venezuelan treaties.

Residence states enjoy exclusive taxation over income from performances funded through the use of public funds under the treaties with Austria (2006), Barbados (1998), Brazil (2005), Belarus (2007), Cuba (2003), Denmark (1998), France (1992), Indonesia (1997), Iran (2005), Malaysia (2006), Mexico (1997), Norway (1997), Palestine (2014), Russia (2003) Spain (2001), Saudi Arabia (2015), Trinidad and Tobago (1996), United Arab Emirates (2010), United States (1999), and Vietnam (2008).

In the treaties with Belarus (2007), South Korea (2006) Cuba (2003), Palestine (2014), residence States additionally enjoy exclusive taxation regarding income derived from performances organized as part of cultural exchange arrangements.

Lastly, the treaty with Austria (2006) provides that income derived from performances totally or partially funded by nonprofit organizations are exclusively taxable in the residence State.

1.20. Income covered

1.20.1. Income derived from personal activities as an entertainer or a sportsperson

Income covered under Article 17(1) of the Venezuelan tax treaties is defined as income derived from "*personal activities*" exercised by a non-resident person "as an entertainer, such as a theater, motion picture, radio or television artiste, or a musician" or "as a sportsman".

This formula is followed by all treaties with a few exceptions, such as the treaties with Netherlands (1995) and with the United Kingdom and Northern Ireland (1996), which omit radio and/or television artists, respectively, from the expressly listed examples of entertainers. The treaty with the United Kingdom and Northern Ireland (1996) is also unique among Venezuelan treaties in its use of the term "athlete" rather than "sportsman", in adherence to the OECD Models prior to 1992. However, these deviations from the general trend have thus far failed to elicit legal or judicial controversies in Venezuela.

The wording used in Article 17(1) of the Venezuelan tax treaties follow the OECD Model in treating sportsmen not as entertainers but as an autonomous category therefrom. Nonetheless, Venezuelan Income Tax Law gives the same treatment to income derived by sportsmen and to entertainers, rendering this treaty distinction moot.

Venezuelan treaties do not provide a precise, binding definition of "sportsmen" in strict adherence with the Article 17 of the OECD Model. Similarly, no definition is given of "entertainer" except for a *presumably* non-exhaustive list of examples, also in strict adherence to Article 17 of the OECD Model. Venezuelan domestic law, called upon by Article 3(2) to define any undefined treaty terms, is similarly unclear on binding definitions.

As regards the phrase, "income derived from personal activities" included in all Venezuelan treaties as the nexus between the performances realized in the source state and the taxable income generated thereby, no specific guidance is provided as to the ruling definition. OECD Commentaries on Article 17 has sought to attend to this treaty ambiguity by providing examples and nuanced notions –such as the "close connection" incorporated in the 2014 Commentaries, to assist in determining cover over a specific item of income on a case-by-case basis. Since Venezuela is not a member of the OECD nor has submitted any reservations upon specific articles or commentaries thereon, the binding nature

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

of OECD Commentaries in Venezuela is subject to debate and relative uncertainty, especially with regard to developments that take place *after* a treaty has been signed.

One notable exception to this rule may be found in the treaty signed with Mexico (1997), Article 17(1) of which defines personal activities as those “related to an entertainer's or sportsperson's reputation”. The Protocol to the Venezuela-Mexico Treaty (1997) further extends this definition to incorporate income derived from services, temporary leases or sales related to an artistic or athletic performance. In this regard, the Article 17 of the Venezuelan treaty with Mexico (1997) features a broader scope with respect to other Venezuelan treaties, which furthermore more closely resembles recent OECD Commentaries on the matter particular with regard to royalties, sponsorship and advertising fees⁶⁰.

Considering the above, determining whether a specific item of income derives “from personal activities as an entertainer or a sportsperson”, for purposes of Venezuelan tax treaties must be conducted on a case-by-case basis.

Lastly, the treaty with the United States (1999) adds a caveat in requiring for income to be exempted from source taxation under Articles 14 or 15 that it exceeds six thousand United States dollars (USD 6,000.00) or its equivalent in Venezuelan bolivars, to be covered under this section. The *de minimis* rule contained in this treaty establishes a far lower threshold than that found in the then-prevalent 1996 US Model of twenty thousand United States dollars (USD 20,000.00).

1.20.2. Income accrued to a person other than the entertainer or sportsperson

Article 17(2) provides that any income derived from the personal activities of an entertainer or a sportsperson, but received by persons than the entertainer or sportspersons, shall also be subject to the distributive rules of Article 17 and therefore taxable in the source State. This treaty provision is essentially directed at conserving source taxation before the use of collective management companies and other similar entities, as well as serving specialized anti-avoidance provision in lieu of comparable mechanisms in domestic law.

Venezuelan treaties are generally unconcerned with the relationship (if any) between the performer and the persons receiving income from their performances when prescribing source taxation

⁶⁰ Para. 9 OCDE Model Commentaries on Article 17 (2014). Para. 15.5. OCDE Model Commentaries on Article 17 (2017).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

thereover, under Article 17(2). The sole exception to this rule is found in the treaties signed with Switzerland (1996) and the United States (1999), whereunder any income accrued to persons other than the performer shall not be covered by Article 17, if it demonstrated that neither the performer nor persons related thereto participate directly or indirectly in the profits of such third person. Both treaties include non-exhaustive examples of *direct or indirect participation*, however the applicable concepts for *related persons* may be composed of element from the source State's domestic law, as well as treaty provisions related to "Associated Enterprises."

1.20.3. Incomed derived from performances funded by through public funds or associated with nonprofit organizations or cultural exchanges

All but eight (8) Venezuelan treaties⁶¹ include some version of the Article 17(3) proposed in the OECD Commentaries to Article 17. Whilst most treaties provide that income from these performances are taxable exclusively in the Residence State, five (5) treaties opt for the alternative solution of excluding such income from the scope of Article 17.

- Article 17(3) of the treaties with China (2001) and Qatar (2006) exclude income derived from activities performed in the context of cultural exchange between both States from the scope of Article 17.
- Article 17(3) of the treaties with Austria (2006) Canada (2001), Kuwait (2004), Qatar (2006) and Turkey (2018) instead refer to the use of public funds by the residence State of the performer as the reason for excluding performance income from coverage under Article 17. The treaties with Canada (2001) and Kuwait (2004) employ the term *primarily* funded by public funds, whilst the more recent treaties with Qatar (2006) and Turkey (2018) employ the term *substantially*.
- The treaty with Qatar (2006) is further novel in extending non-coverage under Article 17 to performances substantially funded by public funds from *the source State*, in addition to the performer's resident State.
- Lastly, pertaining to nonprofit organizations, the treaty with Kuwait (2004) excludes *income received* by the nonprofit organizations from performances primarily funded using

⁶¹ Belgium (1993), Czech Republic (1996), Italy (1990), Netherlands (1995), Portugal (1996), Sweden (1993), United Kingdom and Northern Ireland (1996) and Switzerland (1996).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

public funds from its State of residence, provided no benefit is created from for its owners, founders or members. The treaty with Canada (2001) does not expressly exclude income received by nonprofit organizations, but rather income derived from *activities performed in the context of a visit by nonprofit organizations*, primarily funded by public funds.

5. Employment pensions

5.1. Article 18 – General rule

As stated before, Venezuela has a system materially equivalent to an Exempt-Exempt-Exempt (EEE) tax regime where contributions, returns on investment and pension income are all free from taxation⁶². This allows for a flexible treaty policy regarding the taxation of this type of income.

Article 18 (or its equivalent) is present in all Venezuelan tax treaties concluded to date. Leaving aside minor changes in numbering and terminological divergences, out of the thirty-five (35) treaties considered herein, ten (10) mainly follow the wording proposed by Article 18 of the OECD Model, fifteen (15) adopt an approach materially equivalent to that of Article 18(A) of the UN Model, one (1) adopts a solution comparable to that of Article 18(B) of the UN Model and nine (9) have significant deviations from the wording and rules proposed by both Models.

Though none of the treaties adopted the wording contained in the Andean Model⁶³, it is interesting to point out that unlike the OECD and UN Models, the Andean Model does expressly include the term “annuities” in its Article 15 (Pensions and Annuities) and this could be a potential explanation for the inclusion of such term in seventeen (17) out of the thirty-five (35) Venezuelan treaties concluded to date; especially with countries that do not seem to have a standard policy towards the inclusion of said term in its treaties concluded with other States (*e.g.*, China and United Arab Emirates).

The general rule followed by Venezuela’s treaties is allowing for the exclusive taxing right of private pensions by the residence State and exclusive taxing right of the source State regarding

⁶² OECD, “Chapter 2. Does the tax treatment of retirement savings provide an advantage when people save for retirement?” in OECD Pensions Outlook 2016. Available at: <https://bit.ly/38xcuMy>. Accessed on 25 April 2022.

⁶³ 1969 Andean Tax Model. “Article 15 - Pensions and *annuities*. Pensions, *annuities* and other similar periodic income shall be taxable only by the Contracting State in the territory of which their source is situated. The source shall be deemed to be situated in the territory of the State where the contract giving rise to the periodic income was signed and where there is no contract in the State from which the payment of such income is made”.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

payments made under a public program of social security. Out of the thirty-five (35) treaties reviewed, twenty-two (22) adopt this solution while ten (10) provide for exclusive taxation by the residence State and three (3) establish exclusive taxation by the source State.

This article presents many deviations when compared to the wording used by the OECD and UN Models. Out of the thirty-five (35) Venezuelan treaties concluded to date, only nine (9) reproduce the text of the Models verbatim. The area primarily affected by these deviations is the article's scope.

Common deviations are of a terminological nature, such as the inclusion of the term "*annuity*", as stated above, which is at times accompanied by an additional paragraph that includes a definition of said term (*e.g.*, Iran, 2005), but otherwise left undefined (*e.g.*, Austria, 2006) and the substitution of the term "*social security system*" with the term "*public social welfare program*" (*e.g.*, Russia, 2003).

Notably unique deviations are found in treaties concluded with:

- The treaty with Netherlands (1995), which establishes an exclusive taxing right in favor of the source State over non-periodical remunerations and lump sums.
- The treaty with United Kingdom (1996), which creates a temporary exclusive taxing right in favor of the source State conditioned to the term of employment in such State.
- The treaty with United States (1999), which adds the condition that the pensioner be the "beneficial owner" of the income; enables the source State to tax pensions of "US citizens"; broadens the term "resident of a Contracting State" to include "pension trusts" or other similar organizations; and adds a special allocation rule for periodic payments for the support of a minor child and whose Protocol broadens the term "social security benefits" to include special "US tier 1 Railroad Retirement benefits".
- The treaty with Canada (2001), which includes special allocation rules that affect "war pensions and allowances" in Article 18(3) and "pension plans" in Article 28(4).

Other worth mentioning deviations are found, for example, in treaties concluded with:

- Belgium (1993) and Cuba (2003), which allow the source State to non-exclusively tax the pensions and other payments created for the purposes of complementing the benefits under the social security legislation of those States.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

- Belgium (1993), Netherlands (1997), Trinidad and Tobago (1996), Indonesia (1997), United States (1999), Canada (2001), Brazil (2005), Qatar (2006), which in certain cases qualify income as “derived”, “sourced” or “originating” in a contracting State.
- Belarus (2007) and Palestine (2015), which add that the beneficiary must be an “individual”, in the case of payments made under a public program of social security.
- Sweden (1993), Brazil (2005) and Qatar (2006), which attribute exclusive taxing rights to the source State.
- Saudi Arabia (2015), which includes “other payments” rather than “similar remunerations”, which potentially broadens the scope of application of the article.
- Germany (1995), which uses the wording of the OECD Model of 1963.
- Indonesia (1997), which includes pensions caused by “previous services rendered” in addition to “previous employments”.

5.2. Article 19 – Government service pensions

Article 19 (or its equivalent) is present in all Venezuelan treaties. Of the thirty-five (35) treaties considered herein, thirty-one (31) treaties adhere to the provisions of the OECD or UN Models and four (4) deviate significantly from both Models because they exclude pensions from the scope of application of Article 19, leaving their regulation to Article 18 (or its equivalent), namely the treaties concluded with Sweden (1993), the United Kingdom (1996), Norway (1997), and Canada (2001).

Most of the thirty-one (31) treaties that adhere to the provisions of the OECD or UN Models, adopted the Model that was in force at the time the treaty was signed. Specifically, of these treaties, three (3) follow the wording of the 2005 OECD Model or 2011 UN Model; sixteen (16) of the 1995 OECD Model or 2001 UN Model; ten (10) of the 1977 OECD Model or 1980 UN Model and two (2) of the 1963 OECD Draft Model.

5.2.1. Article 19(2) – Main rule

Regarding the allocation rule, twenty-nine (29) out of the thirty-one (31) treaties that regulate government service pensions, follow the general rule establishing exclusive taxing rights over this income in favor of the source State and attributing the residence State the exclusive right to tax it when

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

the beneficiary is a person who is both, a national *and* resident of such State. In this regard, there is a remarkable deviation in treaties concluded with Russia (2003) and Kuwait (2004), where taxation of this type of income is allowed by the residence State when the beneficiary is a national *or* resident of such State, potentially broadening the scope of application of this rule.

A significant deviation is found in the treaty entered with Spain (2003), whose protocol establishes that the provisions of this article shall not apply to workers whose contract was entered into prior to the treaty's entry into force.

Other noteworthy deviations are found in treaties concluded with Italy (1990) and South Korea (2006), where these States included an additional paragraph in reference to pensions paid by specific public institutions or entities to which this article would apply.

Finally, there is a minor deviation in Article 19(2) (a) of the treaty signed with Belgium (1993) which includes the adjective "constitutional" to refer to funds created by the source State.

5.2.2. Article 19(3) – Previous employment in government business

Article 19(3) (or its equivalent) is present in all Venezuelan treaties concluded to date. Out of the thirty-five (35) treaties considered herein, three (3) exclude "pensions" and "Article 18" from its scope of application, namely Sweden (1993), Norway (1997) and Canada (2001)⁶⁴. In the cases of the treaties with Norway and Canada, the explanation for this is that these States have expressly reserved the right to extend the provisions of Article 18 to government service pensions⁶⁵.

Article 20 – Students, teachers and professors

5.3. Policy and history

5.3.1. Students, business apprentices and trainees

The income of students and business apprentices is established in Article 20 of the OECD and UN Models. The wording of which is identical and which in both cases provides that the amounts received by students and business apprentices for maintenance, education or training, from sources outside the State in which they pursue their education or training, shall not be subject to taxation in the

⁶⁴ Sweden (1993), Norway (1997), Canada (2001).

⁶⁵ History. Para 12. OECD Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 19 (2017). Page C (19) 13.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

State in which the education or training are carried out. Article 20 of the models provides that the student or business apprentice should be or should have been, immediately, before arriving to the State in which they will pursue their education or training, a resident of the other State and be in the State in which they will pursue their education or training for the sole purpose of continuing their studies or training.

Out of the thirty-five (35) Venezuelan treaties, sixteen (16) include the terms students and business apprentice⁶⁶; besides the term students and business apprentice; seventeen (17) treaties include the term “trainee”^{67 68}; one (1) treaty includes only the terms “student” and “trainee”⁶⁹; one (1) treaty includes the terms “student”, “business apprentice” and “researcher”⁷⁰; one (1) treaty, besides including the terms student, business apprentice and trainees, includes “recipients of grants, living expenses or scholarships and collaborators in a technical cooperation program in which the Government participates”⁷¹ and none of the thirty-five (35) treaties uses the term students alone, nor do the Models.

None of Venezuela’s thirty-five (35) treaties includes the exact wording of the OECD and UN Models. However, all treaties align with the Model and include that the payments received by students for maintenance, studies or training, received from sources outside the State in which the students or business apprentice pursue their education or training, shall not be subject to taxation in the State in which the education or training are carried out.

Out of Venezuela’s thirty-five (35) treaties, ten (10) treaties have no deviations in relation to Article 20 of the OECD and UN Model⁷² using remarkably similar wording and four (4) treaties have a

⁶⁶ Austria (2006), Belgium (1993), (2005), China (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), Iran (2005), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Netherlands (1995), Qatar (2006), Spain (2003), Trinidad and Tobago (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).

⁶⁷ “*Pasante*” as it reads in the official Spanish version of the treaties.

⁶⁸ Barbados (1998), Belarus (2007), Czech Republic (1996), Indonesia (1997), Italy (1990), Korea (2006), Mexico (1997), Norway (1997), Palestine (2014), Portugal (1996), Saudi Arabia (2015), Sweden (1993), Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United Arab Emirates (2010) and United States (1999).

⁶⁹ France (1992).

⁷⁰ Russia (2003).

⁷¹ Germany (1995).

⁷² Canada (2001), Cuba (2003), France (1992), Italy (1990), Netherlands (1995), Norway (1997), Sweden (1993), United Kingdom (1996), Russia (2003), Switzerland (1996).

similar wording of Article 20 of the OECD and UN Model but include the provision for teachers and researchers⁷³.

Nine (9) out of thirty-five (35) treaties extended the article by adding a second paragraph that coincides with Article 20(2) of the 1980 UN Model which was removed from the 2001 UN Model⁷⁴, in which, in respect of grants, scholarships and remuneration from employment not covered by Article 20(1), a student or business apprentice described in Article 20(1) shall, in addition, be entitled during such education or training to the same exemptions, reliefs or reductions in respect of taxes available to residents of the State in which the education or training are carried out. Notwithstanding the removal of Article 20(2) in the 2001 UN Model, seven (7) out of nine (9) Venezuelan treaties that include Article 20(2) were concluded between 2005 and 2014⁷⁵.

Seven (7) out of thirty-five (35) treaties includes an exemption to remunerations received for services performed in the State in which the education or training are carried out⁷⁶; three (3) out of the mentioned seven (7) treaties requires that the services are related to their studies or training and the remunerations are necessary for their maintenance⁷⁷. In the case of Austria (2006) only requires that the services relate to his studies or training and in the case of Mexico (1997) does not require concurrence of both requirements.

Finally, the treaties with most notable deviations are the treaties concluded with:

- Spain (2003), which does not follow the wording of the OECD and UN Models. By regulating Students, Apprentices, Professors and Researchers in the same article, it does not use different paragraphs to separate the treatment of the income of students and apprentices from the income of professors and researchers. It establishes an annual limit of twenty-thousand euros (EUR 20,000.00) or its equivalent in bolivars, for the exemption of remunerations for maintenance, education, training or practice and remunerations for

⁷³ Barbados (1998), Belgium (1993), Iran (2005) and Turkey (2018).

⁷⁴ Belarus (2007), Brazil (2005), China (2001), Indonesia (1997), Korea (2006), United Arab Emirates (2010) Palestine (2014), Qatar (2006) and Vietnam (2008).

⁷⁵ Belarus (2007), Brazil (2005), Korea (2006), United Arab Emirates (2010), Palestine (2014), Qatar (2006) and Vietnam (2008).

⁷⁶ Austria (2006), Denmark (1998), Kuwait (2004), Mexico (1997), Saudi Arabia (2015), Spain (2003) and United States (1999)

⁷⁷ Denmark (1998), Kuwait (2004), Saudi Arabia (2015).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

personal services rendered in the State where the student, professor or researcher studies, teaches or carries out research. The exemption to remunerations for personal services rendered to obtain practical training has a time limit of two (2) consecutive years.

- The United States (1999), which does not follow the wording of the OECD and UN Models. It is composed of four (4) paragraphs, the first two (2) paragraphs being for students and trainees. It provides for an exemption in the State of study or training for a period not exceeding five (5) years and such additional period as is necessary to complete, as a full-time student, the educational requirements for a graduate or professional degree from a recognized educational institution. The exemptions apply to payments from abroad, other than compensation for personal services, for purposes of maintenance, education, study, research or training; a scholarship, grant or award; and income for personal services rendered in the country being visited for an annual amount not exceeding five-thousand United States dollars (USD 5,000.00) or its equivalent in bolivars. In addition, an exemption is granted to individuals who at the time are temporarily in the study country, as an employee of, or under contract with, a resident of the other, if the individual's visit in the host country was primarily for the purpose of (i) acquiring technical, professional or business experience from a person who is not a resident of the country of residence, or (ii) studying at a university or other recognized educational institution in the host country. In these cases, the person will be exempt for a period not to exceed twelve (12) months for a total amount not to exceed eight-thousand United States dollars (USD 8,000.00) or its equivalent in bolivars. This treaty has a Protocol that provides that the tax exemption amounts (*i.e.*, USD 5,000.00, and USD 8,000.00, respectively) are in addition to, and not in lieu of, any personal exemption otherwise allowed under the domestic law of the State being visited.
- Malaysia (2006) and Czech Republic (1996), which do not follow the wording of the OECD and UN Models. They establish that all remittances from abroad to cover their maintenance, education, study, research or apprenticeship, and the amounts of scholarships, grants or awards to support study, research or apprenticeship, granted by certain agencies, shall be exempt from taxation in the State of study or apprenticeship.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

- Mexico (1997), which includes a time limit for the exemption granted to income from employment if such employment is directly related to their studies or is carried out for the purpose of covering maintenance.
- Trinidad and Tobago (1996), which does not follow the wording of the OECD and UN Models, establishes that all (i) amounts remitted from abroad for maintenance, education, training or practice, (ii) remunerations for personal services rendered in that other State to obtain practical training, insofar that it shall in no case exceed a period of two (2) consecutive years, and (iii) the amount of scholarships, credits or awards to support studies, research or learning, granted by certain agencies, shall be exempt from taxation in the State of study or apprenticeship.

5.3.2. Professors, teachers and researchers

The OECD and UN Models do not include any article or paragraph that expressly covers the treatment of the income of professors, teachers and researchers.

However, the UN Group of Experts established a drafting committee to formulate a text to be included in the Commentaries to the Model, which was approved in 1999 and which includes some aspects to be considered by States wishing to include an article on professors, such as, avoiding double taxation and double exemption situations; limiting benefits temporarily, normally to two (2) years; determining whether benefits are to be limited to services rendered in certain “recognized” institutions; determining whether research remuneration is limited to those performed with the public sector; and determining whether an individual may avail himself of the benefits of the article more than once. On the other hand, it is clarified that in the case of treaties that do not include an article for such income, Articles 14 (independent personal services), 15 (dependent personal services), 19 (remuneration and pensions in respect of government service) or 23 (methods for the elimination of double taxation) of the UN Model will apply, as the case may be⁷⁸.

Out of the thirty-five (35) treaties in Venezuela, twenty-seven (27) treaties include the treatment of the income of professors, teachers and researchers⁷⁹, and only eight (8) do not expressly

⁷⁸ Para 12. UN Model Tax Convention (Full Version): Commentaries on Article 20.

⁷⁹ Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005) Italy (1990), Korea (2006), Kuwait (2004),

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

discuss the income of professors, teachers and researchers⁸⁰. Out of the twenty-seven (27) treaties that include the treatment of the income of professors, teachers and researchers, nineteen (19) include a separate article from the student article⁸¹ and eight (8) include the treatment of the income of professors, teachers and researchers in the same article as the student article⁸².

It is not possible to identify a Venezuelan policy regarding the treatment of the income of professors and researchers, because the wording of the article tends to vary from treaty to treaty. Most of the treaties grant an exemption to the remunerations received by a teacher or researcher for a period of two (2) years, although only six (6) out of the thirty-five (35) treaties do not require that the remunerations come from another State or establish conditions for the exemption of research income⁸³. Six (6) out of the thirty-five (35) also grant an exemption to remuneration received by a teacher or researcher for a period of two (2) years, but only when the income comes from a State other than the one visited⁸⁴, and eleven (11) out of the thirty-five (35) treaties require that the income from research be in the public interest⁸⁵.

Finally, the treaties with the most notable variations are the treaties concluded with:

- Spain (2003), the wording of which is different from the wording used in most of the treaties. By regulating Students, Apprentices, Professors and Researchers *in the same article*, it does not use different paragraphs to separate the treatment of the income of students and apprentices from the income of professors and researchers. It establishes an annual limit of twenty-thousand euros (EUR 20,000.00) or its equivalent in bolivars, for the exemption of remunerations for maintenance, education, training or practice and the

Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar(2006), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010) and United States (1999) and Vietnam (2008).

⁸⁰ Canada (2001), Norway (1997), Sweden (1993), United Kingdom (1996), Czech Republic (1996), Russia (2003), Switzerland (1996) and Trinidad and Tobago (1996).

⁸¹ Austria (2006), Belarus (2007), Brazil (2005), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), France (1992), Indonesia (1997), Italy (1990), Korea (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Netherlands (1995), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar(2006) Saudi Arabia (2015), United Arab Emirates (2010) and Vietnam (2008).

⁸² Barbados (1998), Belgium (1993), Germany (1995), Iran (2005), Mexico (1997), Spain (2003), Turkey (2018) and United States (1999).

⁸³ Barbados (1998), Belgium (1993), Italy (1990), Kuwait (2004) Saudi Arabia (2015) and México (1997)

⁸⁴ Belarus (2007), Brazil (2005), Cuba (2003), Korea (2006), Germany (1995), Palestine (2014), Turkey (2018) and United Arab Emirates (2010).

⁸⁵ Austria (2006), Belarus (2007), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), Indonesia (1997), Iran (2005), Korea (2006), Malaysia (2006), Netherlands (1995), Palestine (2014), Qatar (2006), and Vietnam (2008).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

remuneration for personal services rendered in the State where the person studies, teaches or conducts research. The exemption to remunerations for personal services rendered to obtain practical training has a time limit of two (2) consecutive years. The exemption to remuneration for income from research activities shall only be applicable to those whose purpose is in the public interest.

- France (1992), the wording of which is different from the wording used in most of the treaties. It establishes that only teaching or research income from any State other than the State in which they teach or do research will be taxable in the State in which they are or were resident before visiting the State in which they are going to teach or do research. No exemption is provided for the State in which they teach or do research.
- Iran (2005), the wording of which is different from the wording used in most of the treaties. It provides that there shall be exemption, in the State in which they are or were resident before visiting the State in which they are to teach or do research, of remuneration received by a teacher or instructor, because such payments are from sources outside that State. No exemption is provided for the State in which teaching or research is being conducted. The exemption for remuneration for income from research activities will only be applicable to those whose purpose is in the public interest.
- Malaysia (2006), the wording of which is different from the wording used in most of the treaties. It provides that any remuneration for such teaching or research is exempt in the State in which the teaching or research is carried out but sets out the condition that such remuneration must be taxable in another State.

5.4. Residence state taxing rights

5.4.1. Students, business apprentices and trainees

Article 20 of the OECD and UN Models does not require that the student, business apprentice or trainee be a resident of one of the two contracting States when receiving payments for maintenance, education or training. However, it does require that the student, business apprentice or trainee be, or have been immediately prior to their arrival in the State in which they will pursue their education or training, a resident of the other State. Therefore, this article may apply to a student, business apprentice

or trainee who is not a resident of either contracting State at the time he or she receives payment for maintenance, education or training.

5.4.2. Professors, Teachers and Researchers.

None of the twenty-seven (27) treaties that discuss the income treatment of professors, teachers and researchers requires that the professors, teachers or researchers be a resident of one of the two contracting states when receiving payments of remuneration subject to the benefit of the article. However, it does require that the professors, teachers or researchers, be or have been immediately prior to their arrival in the State in which they will pursue their teaching or research, a resident of the other State. Therefore, this article may apply to professors, teachers or researchers who are not residents of either contracting State at the time they receive the remuneration subject to the benefit of the article.

5.5. Source state taxing rights

5.5.1. Students, business apprentices and trainees

Article 20 of the OECD and UN Models allows the State in which the studies or internships are carried out to tax the income of students or trainees, other than those of foreign origin received for studies or training, which are not subject to taxation in that State. However, the State of the source of such income may be entitled to tax it, since the article is silent on the matter.

Likewise, the source State may exempt such remunerations from taxation in accordance with the provisions of its domestic law, which could generate an assumption of double taxation.

In this sense, Venezuela establishes an exemption in its domestic law for scholarship students for the amounts they receive to cover their living, study or training expenses⁸⁶. Therefore, in the Venezuelan case, it is possible that a double non-taxation hypothesis is generated.

In the case of countries that grant an exemption in the State in which the studies or internships are carried out for income received for the rendering of services or because of an employment in that State, which are related to the education or internship and/or are necessary for maintenance purposes; a limit is established for the State of the source to tax such enrichments. This is the case of the treaties

⁸⁶ Article 14(13) of the Income Tax Law.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

between Venezuela and Austria (2006), Denmark (1998), Kuwait (2004), Mexico (1997), Saudi Arabia (2015), Spain (2003) and United States (1999).

5.5.2. Professors, teachers and researchers

Most treaties grant an exemption to professors, teachers or researchers for the remunerations they receive from these activities in the State they are visiting for a limited period of time. If such remunerations originate in the same State they are visiting, then the source state may not tax such income, but if the income comes from another state, then the source state may tax, since nothing is established in this regard in most of the articles.

In relation to the articles that limit the exemption to income from states other than the State visited for the purpose of teaching or research. If the income originates in the State visited for teaching or research purposes, this State, which will be the State of the source, will be entitled to tax the income of the professor, teacher or researcher. This is the case of the treaties between Venezuela and Belarus (2007), Brazil (2005), Palestine (2014), Turkey (2018) and United Arab Emirates (2010).

Likewise, in the event that the domestic law establishes exemptions for professors or researchers, these may be applicable. In the Venezuelan case, domestic law does not establish an exception for professors or researchers.

5.6. Method of taxation

In the case of students, business apprentices and trainees, as well as in the case of professors, teachers and researchers, the articles exempt or limit the right of the State visited for these purposes to tax certain incomes detailed in the corresponding articles, but no method of taxation is expressly prescribed either the source State or the residence State.

5.7. Income covered

5.7.1. Type of income - Students, business apprentices and trainees

The common elements in most treaties are as follows:

- Regarding the persons covered by the treaties, the Venezuelan treaties mostly include “students”, “business apprentices” and “trainees”, although such terms are not defined in

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

the OECD or UN Models and subsequently are not defined in any of the Venezuelan treaties either.

- Regarding the purpose of the benefit, the OECD or UN Models specify that the exemption will only be applicable for students and trainees must be present in the State they are visiting “solely for the purpose of education or training”. This is present in most Venezuelan treaties, in some using similar wording, except for the treaties with Brazil (2005), Czech Republic (1996), Spain (2003), Trinidad and Tobago (1996), and United States (1999) where it is required that they are present in the State they are visiting for the “principal purpose” of education or training.
- Regarding the duration of the benefit, the treaties between Venezuela and Austria, Spain, United States, Mexico, establish a time limit for certain benefits.
- Regarding qualifying incomes, the OECD or UN Models specify that the purpose of payments received by students or trainees must be maintenance, education or training. This is present in most Venezuelan treaties, in some using similar wording of the OECD and UN Models.

5.7.2. Type of income - Professors, teachers and researchers

The common elements in most of the treaties are as follows:

Regarding persons covered, the Venezuelan treaties mostly include “professors” and “researchers” although such terms are not defined in any of the treaties. In the treaties with Barbados (1998), Belgium (1993), Mexico (1997), Netherlands (1995) and Turkey (2018), “researchers” are generally not included but research carried out by professors is. On the other hand, almost half of Venezuela’s treaties require the professor or researcher in question to have been invited to the other State for educational or research purposes⁸⁷, and some of these treaties even specify who may make such an invitation.

Regarding activities covered, most of Venezuela’s treaties cover teaching and research activities. Even in treaties that do not include researchers as covered persons, research activities of

⁸⁷ Austria (2006), Belarus (2007), Brazil (2005), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), Germany (1995), Korea (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Saudi Arabia (2015), Palestine (2014) and United Arab Emirates (2010)

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

covered persons are included. In three (3) of the twenty-seven (27) treaties that discuss the income of professors and researchers, it is not specified that it should be only teaching or research activities.⁸⁸

Regarding the duration of the benefit, most of Venezuela's treaties establish a limit of two (2) years. The exceptions are the treaties with the United States (1999) and Qatar (2006); the United States (1999) establishes a maximum limit of five (5) years and Qatar (2006) establishes a limit of three (3) years. Some treaties establish that this time must be counted from the date of arrival; others establish that it must be two (2) consecutive years⁸⁹ and others do not establish anything in this regard.

Regarding the purpose or main objective of the visit, (i) ten (10) out of the twenty-seven (27) treaties state that the principal objective of the visit to the other State must be teaching or research⁹⁰, (ii) eight (8) of the twenty-seven (27) treaties require teaching or research to be the sole purpose of the visit⁹¹, and (iii) the remaining nine (9) do not state anything in this regard⁹².

CONCLUSIONS

Venezuela is not an OECD member; has been a UN Member since 1945 and was a member of the Andean Community from 1973 to 2011, which had its own regional and international Tax Models. Venezuela's membership in the Andean Community led Venezuela to restrain from negotiating tax treaties with non-member countries for a period, as these did not follow the Andean Tax Model. It was not until late 1980's when Venezuela began negotiating tax treaties with non-member countries, following the wording of the OECD and UN Models, preferring the latter.

Even though we did not find any treaties in the Venezuelan tax treaty network that follow the wording of the Andean Tax Models, a rare and potential exception could be noted in the case of Article 18 (employment pensions), where the term "annuities" –present in Article 15 (pensions and annuities) of the Andean Tax Models of 1969, is included in treaties concluded with countries that do

⁸⁸ Barbados (1998), Belgium (1993) and Spain (2003).

⁸⁹ Brazil, United Arab Emirates, Palestine and Vietnam.

⁹⁰ Austria (2006), China (2001), Denmark (1998), Spain (2003), Indonesia (1997), Kuwait (2004), Palestine (2014), Qatar (2006), Turkey (2018) and Vietnam (2008).

⁹¹ Germany (1995), Brazil (2005), Korea (2006), Cuba (2003), United Arab Emirates (2010), Iran (2005), Malaysia (2006) and Portugal (1996).

⁹² Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), France (1992), Mexico (1997), Netherlands (1995), Saudi Arabia (2015) and United States (1999).

not seem to have an standard policy regarding the inclusion of this particular term in treaties concluded with other States (e.g., China).

Notwithstanding the above, as was *unofficially* informed to us by an officer of the Venezuelan National Tax Administration, Venezuela's most up to date tax treaty policy may be observed in the provisions of the treaty concluded with Turkey (2018) which generally follows the OECD Model of 2017 but also has various aspects of the UN Model of 2017⁹³.

In the specific case of the analyzed provisions, we found that:

- *Article 15 (Employment Income)*: both the main rule and the rule that allocates taxing rights to the source state follow the OECD/UN Models. There are various deviations when it comes to Article 15(3) (Employment in International Traffic), mainly because the previous Models used the POEM to allocate taxing powers.
- *Article 16 (Directors' Fees)*: Venezuela's treaties generally follow the OECD Model, except for the treaty with Qatar (2006) which includes Article 16(2) of the UN model, but instead of providing for dual taxing powers, it deviates from that model by allocating exclusive taxing powers to the company's residence State.
- *Article 17 (Entertainers and Sportspersons)*: OCDE 2017 Model is followed.
- *Article 18 (Employment Pensions)*: from a material standpoint (*i.e.*, allocation rule), most of the treaties concluded by Venezuela adopt the UN Model of 2017 variant "A" clause (even though this could also be considered an alternative OECD Model clause).
- *Article 19 (Remuneration resulting from Government Service)*: most treaties follow the wording of the OECD Model 1977/UN Model 1980 (then-current models).
- *Article 20 (Students, Teachers, and Professors)*: the wording used by the OECD/UN 2017 models is identical. Accordingly, most of the treaties concluded by Venezuela adjust to both models. However, some Venezuelan treaties add additional provisions regarding (i)

⁹³ Report from Dr René Offermanns, Principal Associate, IBFD, "Tax Treaty Between Turkey and Venezuela – Details", available at: <https://bit.ly/3MLFS0s>.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

services rendered in the State being visited; (ii) grants, scholarships, and remuneration from employment, and (iii) professors and researchers.

- *Article 28 (Members of Diplomatic Missions and Consular Posts)*: notwithstanding varying numbering and the use of similar or analogous terms, remains virtually unchanged when compared to the OECD and UN Model Conventions. Only Germany (1995), Netherlands (1995), Switzerland (1996), and Sweden (1993) contain deviations.

Venezuela's domestic tax law do not seem to have an impact on its treaty policy regarding these provisions. In accordance with Article 2 of the Organic Tax Code, international tax treaties concluded by Venezuela prevail over domestic laws. However, we did not identify any cases in which the domestic treatment of the income under analysis could be the cause of a deviation from the Models. On the contrary, for example, concerning Article 18 (Employment Pensions), we believe that the fact that Venezuela has a system materially equivalent to an Exempt-Exempt-Exempt (EEE) tax regime that allows for a flexible treaty policy regarding the taxation of this type of income.

Furthermore, when comparing Venezuela's treaties, the text of the Models that were current at that time, we were able to ascertain that –with few exceptions, Venezuela consistently follows the most recent version of the OECD or UN Model available at the time of negotiation.

We were also able to find that the alternative versions of the provisions contained in the comments added to the updates of the OECD and UN Models were a key element to explain deviations, for example, in the case of Article 28 (Members of Diplomatic Missions and Consular Posts) where the inclusion of a comment suggesting an alternative provision to consider that an accredited diplomatic agent of the sending State may be considered a resident of the other State, especially when the domestic law does not establish anything in this respect, resulted in verifiable deviations in the treaties concluded with Switzerland (1995) and Canada (2001).

Venezuela's economy has depended almost exclusively on the oil industry, and the country's politics have changed accordingly. On the other hand, although there is a substantial well-educated Venezuelan workforce employed abroad, this is not a direct consequence of State policies promoting such conditions, but the result of the country's political and economic situation. The same can be said

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

of Venezuela's tax treaty policy, which is affected by the country's broader politics and economics, instead of a specific tax treaty policy.

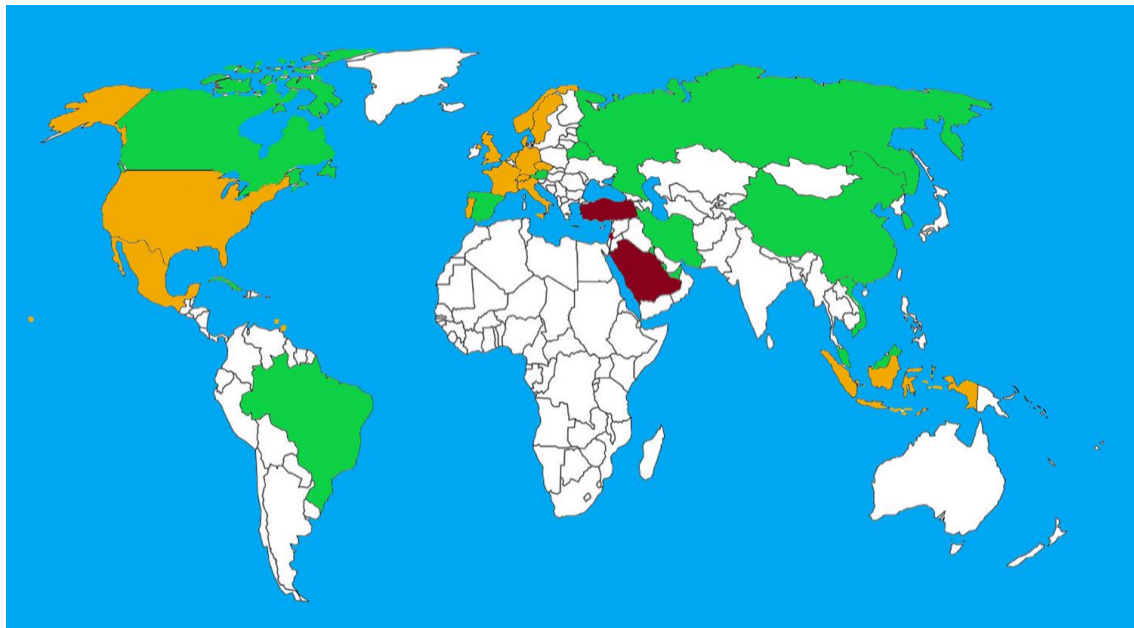
That said, Venezuela's tax treaty policy regarding deviations is unclear, and deviations seem to be a requirement of the other Contracting State. In this regard, we were also able to distinguish some deviations that were included at the request of the other party. For example, in Articles 17 (Artists), 18 (Pensions) and 20 (Students) the treaty concluded with the United States (1999) is noteworthy. In the case of Article 19(3) (Wages in International Traffic), examples of this are the treaties signed with Denmark (1998), Norway (1997), and Sweden (1993); and lastly in with respect to Article 16 (Directors' Fees) an example can be found in the treaty concluded with Belgium (1993).

However, when analyzed under the country's then-current broader political and economic landscapes, we uncovered a potential trend that may bring light to Venezuela's current tax treaty network. Changes in politics and economic objectives have heavily influenced Venezuela's tax treaty policy, particularly when considering the States with which Venezuela has concluded tax treaties.

This trend can be seen in the countries with which Venezuela concluded treaties: (i) from 1990 to January 1999, Venezuela concluded treaties mainly with Western Europe and the Americas; (ii) from February 1999 to February 2013, Venezuela concluded treaties with Asian and Middle Eastern countries; and (iii) from March 2013 until today, where economic sanctions by the United States exist, Venezuela concluded treaties with other Middle Eastern countries, two of which are currently Venezuela's prime business partners.

APPENDIX I – CLASSIFICATION OF TREATIES BY PERIODS

Color	Period	Number of Treaties	Country
	1990 – January 1999	17	Barbados (1998), Belgium (1993), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Italy (1990), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1997), Portugal (1996), Sweden (1993), Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996), United Kingdom and Northern Ireland (1996), United States of America (1999).
	1999 – February 2013	15	Austria (2006), Belarus (2007), Brazil (2005), Canada (2001), China (2001), Cuba (2003), Iran (2005), Korea (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Qatar (2006), Russia (2003), Spain (2003), United Arab Emirates (2010), Vietnam (2008).
	March 2013 – Present	3	Palestine (2014), Saudi Arabia (2015), Turkey (2018).



APPENDIX II – TABLES: DEVIATIONS FROM OECD MODEL AND UN MODEL

1. Article 15 – Income from employment

Clause	Number of Treaties	States
Treaties that follow the main rule to primary allocate taxing rights to the residence State and the exception in subparagraph b.	35	Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People’s Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1990), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Treaties that include the expressions “subject to the provision of articles 16, 18, 19, 20 and 21”, or “subject to the provision of articles 16,18, 19 and 20”, or “subject to the provision of articles 16,18, 19, and 21”.	17	Austria (2006), China (People’s Rep.) (2001), Cuba (2003), France (1990), Indonesia (1997), Iran (2005), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Netherlands (1995), Portugal (1996), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Trinidad and Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United States (1999) and Vietnam (2008).
Do not follow the wording of the OECD or UN Models for Article 15(1).	1	Germany (1995).

<p>Allocate taxing rights to the source state when the conditions of Article 15(2) are not met.</p>	<p>35</p>	<p>Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People’s Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1990), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).</p>
<p>Use a different wording from article 15(2.a), for example: “in the fiscal year concerned”, “in the calendar year concerned”, “in the fiscal year of that State”, “in any 12-month period”, “within any period of 12 month” or “in the year of income”.</p>	<p>14</p>	<p>Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Czech Republic (1996), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Italy (1990), Mexico (1997), Netherlands (1991), Sweden (1993), Switzerland (1996), Trinidad y Tobago (1996), United Kingdom (1996), United States (1999)</p>
<p>Include the reference that the activity does not consist of the hiring out of labor.</p>	<p>1</p>	<p>Norway (1997).</p>
<p>Include the expression “a fixed base” in Article 15(2.c).</p>	<p>30</p>	<p>Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People’s Rep.) (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait</p>

		(2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1991), Norway (1997), Portugal (1996), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Sweden (1993), Switzerland (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Defines the term “similar remuneration”.	1	United States (1999) (Protocol)
Defines the term “employer”.	1	Czech Republic (1996).
Include the computation of the 183 days.	1	Czech Republic (1996).
Do not follow the wording of the OECD or UN Models for Article 15(3).	35	Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People’s Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1990), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Allocate taxing rights to the residence state regarding Article 15(3).	11	Barbados (1998), Canada (2001), Denmark (1998), Indonesia (1997), Netherlands (1991), Norway (1997), Russia (2003), United Arab Emirates

		(2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Allocate taxing rights under the criterion of POEM or place of head office regarding Article 15(3).	22	Austria (2006), Belarus (2007), Belgium (1993), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), France (1990), Germany (1995), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993), Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996), Turkey (2018)
Allocate taxing rights to the resident state based on a special provision regarding Article 15(3).	3	Denmark (1998), Norway (1998), and Sweden (1993).
Extend the application of Article 15(3) to other means of transportation or to ground staff.	3	Brazil (2005), Kuwait (2004) and United Arab Emirates (2010).

Article 16 – Directors' fees

Clause	Number of Treaties	States
Treaties with Articles 16 of the OECD Model and 16(1) of the UN Model.	35	Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal

		(1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993), Switzerland (1996), Trinidad y Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States of America (1999), Vietnam (2008).
Treaties with second paragraph under which the income that (i) a Director obtains from a company for daily management or technical functions, and (ii) a Director obtains from his personal activity as a partner of a company, other than a company with share capital, may be taxed under Article 15.	2	Belgium (1993) and Indonesia (1997).
Treaties that are expressly applicable to those persons who, according to the legislation of the State of Residence, are considered Directors.	1	Belgium (1993).
Treaties defining "similar payments".	1	United States of America (Protocol) (1999).
Treaties extending scope to remunerations or other similar payments obtained by a resident of Venezuela in his capacity as "administrator" (<i>administrador</i>) or "comptroller" (<i>comisario</i>).	1	Mexico (Protocol) (1997).
Treaties including the terms " <i>bestuurder</i> " and " <i>commissaris</i> " and defining what these terms mean.	1	Netherlands (Treaty and Protocol) (1995).
Treaties adding Article 16(2) of the UN Model but, instead of	1	Qatar (2006).

<p>attributing dual taxing rights over salaries, wages, and other similar remuneration derived by an official in a top-level managerial position of a company, it attributes exclusive taxing rights to the source state (<i>i.e.</i>, the company's State of residence).</p>		
---	--	--

Article 17 – Entertainers and sportspersons

Model	Number of treaties	States
<p>Mainly follow the wording proposed by Article 17 of the OECD Model</p>	<p>35</p>	<p>Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993),Switzerland (1996), Trinidad y Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States of America (1999) and Vietnam (2008).</p>
<p>Covers “income derived from personal activities”</p>	<p>35</p>	<p>Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy</p>

		(1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993), Switzerland (1996), Trinidad y Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States of America (1999) and Vietnam (2008).
Defines “income derived from personal activities”	1	Mexico (1997).
Extends income covered to include incorporate income derived from services, temporary leases or sales related to an artistic or athletic performance	1	Mexico (1997).
Contains a <i>de minimis</i> rule for assigning income covered by Article 17	1	United States of America (199)
Include Article 17(3) as proposed by OECD Commentaries	27	Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Brazil (2005), Canada (2001), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Norway (1998), Palestine (2014), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Trinidad y Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United States of America (1999) and Vietnam (2008).

Article 18 – Employment pensions

Model	Number of treaties	States
Mainly follow the wording proposed by Article 18 of the OECD Model	10	Barbados (1998), Czech Republic (1996), Germany (1997), Kuwait (2004), Mexico (1997), Norway (1997), Portugal (1996), Spain (2003), Switzerland (1996) and Trinidad and Tobago (1996).
Adopt an approach materially equivalent to that of Article 18(A) of the UN Model	15	Austria (2006), Belarus (2007), China (2001), Cuba (2003), France (1992), Iran (2005), Italy (1990), Korea (2006), Malaysia (2006), Palestine (2014), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010) and Vietnam (2008).
Adopts a solution comparable to that of Article 18(B) of the UN Model	1	Denmark (1998).
Have significant deviations from the wording and rules proposed by both models	9	Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), Indonesia (1997), Sweden (1993), The Netherlands (1995), United Kingdom (1996), United States of America (1999) and Qatar (2006).

General rule	Number of treaties	States
Allow the exclusive taxing right of private pensions by the residence State and exclusive taxing right of the source State regarding payments made under a public program of social security	22	Belarus (2007), Belgium (1993), Canada (2001), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), France (1992), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (2006), Malaysia (2006), Palestine (2014), Russia (2003), Saudi Arabia (1996), The Netherlands (1995), Trinidad and Tobago (1996),

		Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Exclusive taxation by the residence State	10	Austria (2006), Barbados (1998), Czech Republic (1996), Germany (1997), Kuwait (2004), Mexico (1997), Norway (1997), Portugal (1996), Spain (2003) and Switzerland (1996).
Exclusive taxation by the source state	3	Brazil (2005), Sweden (1993) and Qatar (2006).
Deviation Analysis	Number of treaties	States
Article reproduces the text of the OECD or UN Models verbatim	9	Barbados (1998), Czech Republic (1996), Kuwait (2004), Germany (1997), Mexico (1997), Portugal (1996), Saudi Arabia (2015), Spain (2003) and Switzerland (1996).
Article includes the term "annuity" and defines it	9	Brazil (2005), Indonesia (1997), Iran (2005), Malaysia (2006), Netherlands (1995), Sweden (1993), United Kingdom (1996), United States (2001) and Qatar (2006).
Article includes the term "annuity" but does not define it	8	Austria (2006), Canada (2001), China (2001), Norway (1997), United Arab Emirates (2010), Russia (2003), South Korea (2006) and Turkey (2018).
Article substitutes the term "social security system" with the term "public social welfare program"	7	Austria (2006), China (2001), Iran (2005), Malaysia (2006), Russia (2003), Turkey (2018) and Vietnam (2008).
Notably unique deviations	4	Canada (2001), Germany

		(1995), Netherlands (1995), United Kingdom (1996) and, Saudi Arabia (2015) United States (1999).
Article refers to the pensions and other payments created for the purpose of "complementing" the benefits under the social security legislation of that State.	2	Belgium (1993) and Cuba (2003).
Article qualifies income as "derived", "sourced" or "originating" in a Contracting State.	11	Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), Indonesia (1997), Netherlands (1997), Saudi Arabia (2015), Sweden (1993), United Kingdom (1996) United States (1999), Trinidad and Tobago (1996) and Qatar (2006).

Article 19 – Government service pensions

Clause	Number of Treaties	States
Mainly follow the wording of the OECD or UN Model regarding Article 19(1).	31	Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad y Tobago (1998), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Exactly follow the wording of the OECD or UN Model regarding Article 19(1).	1	Turkey (2018).

<p>Include the expression “remuneration” instead of “salaries, wages and other similar remuneration” regarding Article 19(1).</p>	<p>12</p>	<p>Barbados (1998), Belgium (1993), Cuba (2003), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Italy (1990), Netherlands (1991), Norway (1997), Sweden (1993), United Kingdom (1996) and United States (1999).</p>
<p>Include pension in Article 19(1).</p>	<p>2</p>	<p>France (1992) and Germany (1995),</p>
<p>Allocate exclusive taxing rights to the paying state regarding Article 19(1)(a).</p>	<p>34</p>	<p>Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People’s Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad y Tobago (1998), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).</p>
<p>Allocate taxiing rights to the receiving state when certain conditions are met regarding Article 19(1)(b).</p>	<p>33</p>	<p>Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People’s Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad y Tobago (1998), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam</p>

		(2008).
Shared allocation of taxing rights regarding article 19(1.a).	1	Netherlands (1991).
Apply Article 19(1) in case of services rendered under a cooperation agreement or development program.	3	Barbados (1998), Belgium (1993) and Germany (1995).
Allocate taxing rights according to the articles pertaining to each type of income when it is an employment in government service in Article 19(3).	35	Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), Canada (2001), China (People's Rep.) (2001), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Denmark (1998), France (1990), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Russia (2003), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Mainly follow the wording of the OECD or UN Model.	19	Austria (2006), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), China (People's Rep.) (2001), Denmark (1998), Germany (1995), Iran (2005), Korea (Rep.) (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010), and Vietnam (2008).
Use the expression "remuneration" instead of "salaries, wages, and other similar remuneration" in Article 19(3).	18	Barbados (1998), Cuba (2003), Czech Republic (1996), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (Rep.) (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Norway (1998), Russia (2003), Sweden (1993) Switzerland

		(1996), Trinidad and Tobago (1996), United Kingdom (1996), United States (1999) and Vietnam (2008).
Do not include pensions in article 19(3).	3	Canada (2001), Norway (1998) and Sweden (1993).
Do not refer to Article 17 in Article 19(3).	14	Barbados (1998), Belgium (1993), Cuba (2003), Czech Republic (1996), France (1992), Indonesia (1997), Italy (1990), Mexico (1997), Netherlands (1995), Russia (2003), Sweden (1993) Switzerland (1996), Trinidad and Tobago (1996) and United Kingdom (1996).

Article 20 – Students, Teachers and Professors

Deviation Analysis	Number of treaties	States
Include a provision only for students and business apprentices.	8	Canada (2001), Norway (1997), Sweden (1993), United Kingdom (1996), Czech Republic (1996), Russia (2003), Switzerland (1996) and Trinidad and Tobago (1996).
Include a provision for teachers and researchers.	27	Austria (2006), Barbados (1998), Belarus (2007), Belgium (1993), Brazil (2005), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), France (1992), Germany (1995), Indonesia (1997), Iran (2005), Italy (1990), Korea (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Mexico (1997), Netherlands (1995), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006), Saudi Arabia (2015), Spain (2003), Turkey (2018), United Arab Emirates (2010) and United States (1999) and Vietnam (2008).
Include a provision for teachers and researchers in the same article as the provision for students and business	8	Barbados (1998), Belgium (1993), Germany (1995), Iran (2005), Mexico (1997), Spain (2003), Turkey (2018) and United States

apprentices.		(1999).
Include a provision for teachers and researchers in a separate article from provision for students and business apprentices.	19	Austria (2006), Belarus (2007), Brazil (2005), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), France (1992), Indonesia (1997), Italy (1990), Korea (2006), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Netherlands (1995), Palestine (2014), Portugal (1996), Qatar (2006) Saudi Arabia (2015), United Arab Emirates (2010) and Vietnam (2008).
Does not include deviations from the 2017 OECD Model.	10	Canada (2001), Cuba (2003), France (1992), Italy (1990), Netherlands (1995), Norway (1997), Sweden (1993), United Kingdom (1996), Russia (2003), Switzerland (1996).
Include the 2017 OECD Model clause but including a provision for teachers and researchers.	4	Barbados (1998), Belgium (1993), Iran (2005) and Turkey (2018).
Include Article 20(2) of the 1980 UN Model.	9	Belarus (2007), Brazil (2005), China (2001), Indonesia (1997), Korea (2006), United Arab Emirates (2010) Palestine (2014), Qatar (2006) and Vietnam (2008).
Include Article 20(2) of the 1980 UN Model and were concluded after 2001.	7	Belarus (2007), Brazil (2005), Korea (2006), United Arab Emirates (2010) Palestine (2014), Qatar (2006) and Vietnam (2008).
Include an exemption to remunerations received for services performed in the country where the student or business apprentice is present.	7	Austria (2006), Denmark (1998), Kuwait (2004), Mexico (1997), Saudi Arabia (2015), Spain (2003) and United States (1999).
Include an exemption to remunerations received for services performed in the country where the	1	Austria (2006).

student or business apprentice is present only if the professional services are related to the education or training.		
Include an exemption to remunerations received for services performed in the State where the student or business apprentice is present only if the professional services are related to the education or training and are necessary for maintenance purposes.	3	Denmark (1998), Kuwait (2004), Saudi Arabia (2015).
Include an exemption to remuneration received for services performed in the State where the student or business apprentice is present only if the professional services are related to the education or training or are necessary for maintenance purposes.	1	Mexico (1997).
Include an exemption to remunerations received for services performed in the State where the student or business apprentice is present but limit the exemption to a specified amount of remuneration.	2	Spain (2003), United States (1999).
Include an exemption to remuneration received for services performed in the State where the student or business apprentice is present but places a time limit on the exemption.	4	Austria (2006), Mexico (1997), Spain (2003), United States (1999).
Include an exemption for professors and researchers with a time limit (without any other restrictions).	6	Barbados (1998), Belgium (1993), Italy (1990), Kuwait (2004) Saudi Arabia (2015) and Mexico (1997).
Include an exemption for professors and researchers with a time limit	8	Belarus (2007), Brazil (2005), Cuba (2003), Korea (2006), Germany

only if the income comes from other States.		(1995), Palestine (2014), Turkey (2018) and United Arab Emirates (2010).
Include an exemption for researchers that limits the benefits for research conducted in the public (as opposed to private) interest.	13	Austria (2006), Belarus (2007), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), Indonesia (1997), Iran (2005), Korea (2006), Malaysia (2006), Netherlands (1995), Palestine (2014), Qatar (2006), and Vietnam (2008).
Include an exemption for professors and researchers if they were invited by the other State.	15	Austria (2006), Belarus (2007), Brazil (2005), China (2001), Cuba (2003), Denmark (1998), Germany (1995), Indonesia (1997), Kuwait (2004), Malaysia (2006), Palestine (2014), Qatar (2006), Saudi Arabia (2015), United Arab Emirates (2010) and Vietnam (2008).
Include an exemption for professors and researchers if they, alternatively to the invitation by the other State, came under an official cultural exchange program.	5	Belarus (2007), Brazil (2005), Kuwait (2004), Malaysia (2006) and Vietnam (2008).
Include a time limit for the exemption of professors and researchers other than two years.	2	Qatar (2006) and United States (1999).

Article 28 – Members of diplomatic missions and consular posts

Clause	Number of Treaties	States
Treaties including special provisions that establish, for the purpose of the Convention, the sending State as the State of Residence of the members of the diplomatic missions and consular	4	Canada (2001), Germany (1995), Netherlands (1995), Switzerland (1996).

posts of the Contracting States.		
Treaties including special provisions under which international organizations, organs or officials who are liable in a Contracting State in respect only of income from sources therein should not have the benefit of the Convention.	3	Canada (2001), Netherlands (1995), Switzerland (1996).
Treaties which expressly including the Vienna Conventions on Diplomatic Relations and Consular Relations signed at Vienna on 18 April 1961 and 24 April 1963, respectively, or under the provisions of special agreements.	1	Sweden (1993).

Bibliography

- Abache, Serviliano, *La desinstitucionalización de la Ley de Impuesto Sobre La Renta*, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2019).
- Evans, Ronald, *Régimen Jurídico de la Doble Tributación Internacional* (Caracas: McGraw-Hill Interamericana, 1999).
- García, Henkel, “Inside Venezuela’s economic collapse”, *The Conversation* (10 July 2017). Available at: <https://bit.ly/3ktueuN>. Accessed: 20 April 2022.
- Gómez Castañeda, María Eugenia, *Incidencia de la política exterior en la negociación de los convenios bilaterales de doble tributación internacional suscritos y en negociación por Venezuela*, *Revista de Derecho Financiero* (April – June 2004).
- OECD, *Chapter 2. Does the tax treatment of retirement savings provide an advantage when people save for retirement?* in *OECD Pensions Outlook 2016*. Available at: <https://bit.ly/3vqmRLb>. Accessed on 25 April 2022.
- OECD, *Commentaries to the Model Tax Convention (condensed version)*, 2017.
- Offermanns, René, *Tax Treaty Between Turkey and Venezuela – Details*, International Bureau for Fiscal Documentation (IBFD). Available at: <https://bit.ly/3MLFS0s>.
- Pistone, Pascual, *Article 16 – Directors’ Fees*, in *Global Tax Treaty Commentaries: Model Conventions and Bilateral Tax Treaties in Theory and Practice*.

Pistone, Pascual, *Article 15 – Income from employment*, in *Global Tax Treaty Commentaries: Model Conventions and Bilateral Tax Treaties in Theory and Practice*.

1. Judicial decisions

Supreme Court (Constitutional Chamber) Ruling N° 301 published on February 27, 2007; available at: <https://bit.ly/3vTY5lp>.

Supreme Court (Constitutional Chamber) Ruling N° 499, published on 30 June 2016. Available at: <https://bit.ly/3OJFUHX>.

Supreme Court (Constitutional Chamber) Ruling N° 673, published on 2 August 2016. Available at: <https://bit.ly/3koVBGE>.

2. Local legislation and regulations

Venezuelan Income Tax Law, published in the Official Gazette No. 6210 on 30 December 2015.

Regulations of the Income Tax Law, published in the Extraordinary Official Gazette No. 5662 on 24 September 2003.

Regulations of the Income Tax Law on Withholdings, published in the Official Gazette No. 36203 on 5 December 1997.

3. Double taxation treaties concluded by Venezuela (date of conclusion)

Agreement between the Republic of Venezuela and the Republic of Austria for the avoidance of double taxation in income and capital taxes (2006).

Agreement between the Government of the Republic of Venezuela and the Government of Barbados for the avoidance double taxation and preventing tax evasion in income tax (1998).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the Republic of Belarus to avoid double taxation and prevent tax evasion with respect to income and capital taxes (2007).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Kingdom of Belgium for the avoidance of double taxation and prevention of fiscal evasion with respect to income tax (1993).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the Federative Republic of Brazil for the avoidance of double taxation and prevention of tax evasion in income tax (2005).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela for the purpose of avoiding double taxation and preventing tax evasion and avoidance with respect to income and capital taxes (2001).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the People's Republic of China for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to income and capital taxes (2001).

Agreement between the Government of the Republic of Cuba and the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela for the avoidance of double taxation and the prevention of tax evasion and avoidance with respect to income and capital taxes (2003).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Czech Republic for the purpose of avoiding double taxation and preventing tax evasion with respect to income and capital taxes (1996).

Agreement between the Kingdom of Denmark and the Republic of Venezuela for the Avoidance of Double Taxation (1998).

Agreement between the Government of the Republic of Venezuela and the Government of the French Republic for the purpose of avoiding double taxation and preventing income tax evasion and avoidance (1992).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Federal Republic of Germany for the avoidance of double taxation in income and capital taxes (1995).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Republic of Indonesia for the purpose of avoiding double taxation and preventing tax evasion and avoidance in the field of income tax (1997).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the Islamic Republic of Iran for the avoidance of double taxation in income and capital taxes (2005).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Government of the Italian Republic for the purpose of avoiding double taxation in income tax matters and preventing tax avoidance, evasion and avoidance (1990).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the Republic of Korea for the avoidance of double taxation and the prevention of tax evasion and fraud of income and capital taxes (2006).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the State of Kuwait for the avoidance of double taxation and the prevention of income and capital taxes evasion and avoidance (2004).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of Malaysia for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to income taxes (2006).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of Mexico for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to income taxes (1997).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Kingdom of the Netherlands for the avoidance of double taxation and tax evasion with respect to income tax (1995).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Kingdom of Norway for the purpose of avoiding double taxation and preventing tax evasion and avoidance with respect to income and capital taxes (1997).

Agreement between the Republic of Venezuela and Palestine for the avoidance of double taxation and tax evasion with respect to income tax (2014).

Agreement between the Republic of Venezuela and the Republic of Portugal for the purpose of avoiding double taxation and preventing tax evasion in income tax matters (1996).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the State of Qatar for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion in the field of income tax (2006).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the Russian Federation for the avoidance of double taxation and the prevention of tax evasion in income tax and wealth tax matters (2003).

Agreement between the Bolivarian Republic of Venezuela and the Kingdom of Saudi Arabia to Avoid Double Taxation and Prevent Tax Evasion and Tax Fraud in Income Tax and Wealth Tax Matters (2015).

Agreement between the Bolivarian Republic of Venezuela and the Kingdom of Spain for the avoidance of double taxation and the prevention of tax evasion and avoidance of income tax and wealth tax fraud (2003)

Agreement between the Republic of Venezuela and the Kingdom of Sweden for the purpose of avoiding double taxation in income tax matters and preventing tax evasion and avoidance and tax avoidance (1993).

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Venezuela for the purpose of avoiding double taxation in income tax and wealth tax matters (1996).

Agreement between the Government of the Republic of Trinidad and Tobago and the Government of the Republic of Venezuela for the purpose of avoiding double taxation and preventing tax evasion and avoidance with respect to income taxes and promoting international trade and investment (1996).

Agreement between the Bolivarian Republic of Venezuela and Turkey for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion in Income Tax and Wealth Tax Matters (2018).

Agreement between the Bolivarian Republic of Venezuela and the United Arab Emirates for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to income and wealth taxes (2010).

Agreement between the Government of the Republic of Venezuela and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to income tax and capital gains tax (1996).

Agreement between the Government of the Republic of Venezuela and the Government of the United States of America for the purpose of avoiding double taxation and preventing tax evasion with respect to income tax and wealth tax (1999).

Agreement between the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Government of the Socialist Republic of Vietnam for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to income tax and wealth tax (2008).

4. Tax treaty models

1969 Andean Community Income and Capital Tax Convention.

1963 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

1977 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

1995 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

2005 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

2017 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

1980 UN Model Tax Convention on Income and on Capital.

Ignacio Andrade, Oriana Rosas, Eleana Salazar, Juan Velutini

2001 UN Model Tax Convention on Income and on Capital.

2011 UN Model Tax Convention on Income and on Capital.

LA PRIVATIZACIÓN DEL DEPORTE: UN DERECHO HUMANO CONVERTIDO EN UNA EMPRESA

Daniel Pérez Pereda

Abogado. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, Universidad Central de Venezuela y del Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro Fundador y Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

Resumen

La privatización de una actividad requiere que previamente la misma haya sido pública, o ejecutada por organismos, institutos o dependencias públicas. En el caso del deporte, si bien se ha constituido en la mayoría de los países como un derecho humano fundamental, en algunos Estados no se cuentan con los elementos económicos que les permitan afrontar adecuadamente el emprendimiento deportivo, la administración, organización del deporte ni de la actividad deportiva, ocasionando que las empresas privadas se involucren tanto en los deportistas como en la investigación y desarrollo deportivo.

Palabras clave: deporte como derecho humano, empresa deportiva, privatización del deporte.

THE PRIVATIZATION OF SPORT: A HUMAN RIGHT TURNED INTO A COMPANY

Abstract

The privatization of an activity requires that it has previously been public, or carried out by agencies, institutes or public agencies. In the case of sport, although it has been constituted in most countries as a fundamental human right, in some States they do not have the economic elements that allow them to adequately face sports entrepreneurship, administration, organization of sports or sports activity, causing private companies to get involved in athletes and in sports research and development.

Keywords: dep sport as a human right, sports company, privatization of sport.

INTRODUCCIÓN

La organización del deporte en la actualidad necesita una adecuada legislación y de su constante interpretación y estudio, en virtud de la amplia difusión que éste está teniendo en el mundo, impulsada por los múltiples intereses y negocios comerciales que giran a su alrededor, los cuales han perfilado comportamientos característicos de una variada industria cultural que distan mucho de las actividades deportivas en las que se ponía de manifiesto el valor, la perseverancia y el sacrificio por la práctica y manejo de una determinada disciplina deportiva.

El deporte podría traducir un concepto que se separa de sus aspectos esenciales como parte del desarrollo físico, psicológico y espiritual de la persona que lo práctica, ya que cuando se introduce el elemento económico como objeto o finalidad, el deporte y la actividad deportiva se convierte en espectáculo y en un lucrativo negocio, por lo que debe tomarse como una actividad mercantil susceptible de ser privatizada. Lo cual precisa de una regulación y estructura a los fines de que el lucro que perciben las instituciones y organizaciones deportivas privadas, así como en la investigación y desarrollo deportivo, para que sea revertido en favor de la actividad y las investigaciones de los aportes tecnológicos le otorgan tanto al deporte como a las personas que la realizan.

En el presente documento se exponen aspectos que serán tratados en la tesis doctoral al respecto del deporte como derecho humano y la privatización de la actividad deportiva, incorporándose parte de los documentos doctrinarios y legales que se han hallado con pertinencia para alcanzar el objeto de la investigación.

I. El deporte como derecho humano

Zitlally Flores Fernández, apunta como antecedente de este reconocimiento del deporte como derecho humano, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en París en su 20ª reunión, el día 21 de noviembre de 1978.

Se reconoce que una de las condiciones esenciales del ejercicio efectivo de los derechos humanos depende de la posibilidad brindada a todos y a cada uno de desarrollar y preservar libremente sus facultades físicas, intelectuales y morales y que en consecuencia se debería dar y garantizar a todos la posibilidad de acceder a la educación física y al deporte, se subraya que la educación física y el deporte han de tender a promover los acercamientos entre los pueblos y las personas, así como la emulación desinteresada, la solidaridad y la fraternidad, el respeto y la comprensión mutuos, y el reconocimiento de la integridad y de la dignidad humanas. La Carta Internacional de la UNESCO proclama el desarrollo de la educación física y el deporte al servicio del progreso humano para favorecer su desarrollo y exhortar a los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales competentes, los educadores, las familias y los propios individuos a inspirarse en ella, difundirla y ponerla en práctica. A este posicionamiento la UNESCO recomienda en su artículo 1o. de dicha carta que "la práctica de la educación física y el deporte es un derecho fundamental para todos".¹

Es así como en muchos ordenamientos jurídicos se plantea la actividad deportiva como eje rehabilitador y como medio para la reinserción social de las personas que se encuentran privadas de libertad, por citar un ejemplo, así como en el caso de los derechos de los niños, en la Convención sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, que si bien no establece de forma directa el derecho al deporte, si consagra el derecho al esparcimiento, juego y actividades recreativas, caracteres que se han identificado con el deporte. En este sentido, el artículo 31 de la convención establece lo siguiente:

1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Parte respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Otro ejemplo es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece en sus artículos 10 y 13 que los Estados deben adoptar

¹ FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally. El Contenido esencial del Derecho al Deporte: Perspectiva constitucional en Latinoamérica. *Lex social: revista de los derechos sociales*, N°. 2, 2014, p. 107.

las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer, brindando las mismas oportunidades para participar en el deporte, la educación física y el esparcimiento.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobado el 13 diciembre 2006, en su artículo 30 sobre la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte establece que:

5. A fin de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para:

- a) Alentar y promover la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad en las actividades deportivas generales a todos los niveles;
- b) Asegurar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de organizar y desarrollar actividades deportivas y recreativas específicas para dichas personas y de participar en dichas actividades y, a ese fin, alentar a que se les ofrezca, en igualdad de condiciones con las demás, instrucción, formación y recursos adecuados;
- c) Asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a instalaciones deportivas, recreativas y turísticas;
- d) Asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan igual acceso con los demás niños y niñas a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas, incluidas las que se realicen dentro del sistema escolar;
- e) Asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a los servicios de quienes participan en la organización de actividades recreativas, turísticas, de esparcimiento y deportivas.

Ahora bien, un análisis más detallado permite identificar que el derecho al deporte se encuentra en la categoría de los derechos sociales, en el Estado del constitucionalismo social los derechos económicos, sociales y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas

que afirman un principio de igual dignidad e igualdad de la cual gozan o al menos se encuentra postulado para todos los seres humanos, por el simple hecho de ser personas.

Si bien, nadie puede poner en duda el carácter de derecho humano del deporte, que conlleva el desarrollo de la actividad deportiva, tanto para el esparcimiento como para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas; tampoco se puede poner en duda que la práctica profesional del deporte, ha encontrado una vertiente altamente lucrativa, tanto para los deportistas y los clubes o equipos que los agrupan, como para los organizadores de los eventos deportivos y el conocido marketing o mercadeo deportivo, que requiere de atención por sus implicaciones jurídicas, especialmente porque se trata de la comercialización del deporte y de las actividades deportivas, se encuentra claramente descrita por los autores García y Rodríguez, para quienes el deporte es un producto, y por tanto susceptible de comercialización,

El producto deportivo es la consecuencia de la acción indivisible de dos o más empresas y el hecho fundamental en los deportes profesionales, dado que el producto es heterogéneo, es que los espectadores deciden asistir a los partidos, no sólo en función de las variables económicas típicas del análisis de la demanda (precio y renta), sino también de las características del mismo (calidad, incertidumbre), necesitando las empresas (equipos) la participación del resto de competidores (otros equipos) para vender su producto.²

Por tanto, se realizará un análisis del deporte desde una perspectiva económica, estudiándolo como un espectáculo público, así como aquellos deportes que requieren para su ejecución la organización deportiva, la cual puede ser constituida bajo las formas mercantiles, regulada en algunos ordenamientos jurídicos como un tipo especial de sociedad o compañía anónima deportiva, estableciendo requisitos particulares tanto para su constitución, como su funcionamiento. Estos aspectos comerciales del deporte, a todas luces lo presentan como una empresa, sobre la cual

La mayoría de los estudios se centran en dos cuestiones relevantes y relacionadas. La primera se refiere al análisis del comportamiento de los clubes como empresas. Se pretende conocer cuáles son sus funciones objetivo, es decir, cuál es la función

² García Villar, Jaime y Plácido Rodríguez Guerrero. Análisis Empírico de la Demanda en los Deportes Profesionales: un Panorama. *Revista Asturiana de Economía – RAE*, Nº 26 2003 <http://www.revistaasturianadeeconomia.org/raepdf/26/P23-60.pdf>

a maximizar. La segunda trata de saber si el criterio de fijación de precios es compatible con la maximización del beneficio con base en los resultados aportados por la evidencia empírica disponible. El debate surge por la observación repetida de elasticidades-precio de la demanda inferiores a la unidad. Ello supone que los precios de las entradas se fijan en el tramo inelástico de la curva de demanda, comportamiento que, inicialmente, es contrario a las condiciones de maximización del beneficio de la empresa en un contexto no competitivo.³

Forma parte de la perspectiva comercial del deporte y de la actividad deportiva, la constante necesidad para los deportistas y las organizaciones que los agrupan de ser mejores atletas, y como parte de la empresa de espectáculos públicos, mayor número de personas quieren ver a individuos casi superdotados, es decir, superhéroes, por tener mayor resistencia y poder en su ejecución deportiva, lo cual se ha acrecentado gracias a la tecnología aplicada al deporte, incluyendo mejores instrumentos y equipos para la preparación deportiva, pero también incrementando la cantidad de sustancias que son empleadas con tales fines.

II. La privatización del deporte

Según la doctrina consultada el término “privatización” es complejo, puesto que conlleva una multiplicidad de significados que lo convierten en un concepto no-unívoco, al tener variadas formas en que el fenómeno es interpretado: técnico, económico, social, político y jurídico.⁴ Ahora bien, la expresión “privatización del deporte” se advierte que el mismo es previamente público, es decir, que, como derecho humano, corresponde y se establece como una obligación del Estado, mediante los institutos y demás organismos el desarrollo de políticas públicas deportivas, de ahí que sea importante establecer que,

si bien en la ordenación de «lo deportivo» intervienen normas de Derecho público y privado y normas emanadas de las organizaciones deportivas. Esas normas son, en todos los casos, tanto internas como internacionales. En este último plano, aquellas organizaciones han creado, sobre la base de su facultad de autorregulación, un conjunto de reglas y principios que ha sido denominado «Derecho transnacional del deporte», «Derecho global del deporte» y, más recientemente, «*Lex Sportiva*». Lo que parece innegable es que una pluralidad de órdenes jurídicos inciden en la regulación de la actividad deportiva. Desde luego,

³ García Villar, Jaime y Plácido Rodríguez Guerrero. Análisis Empírico de la Demanda en los Deportes..., ob. cit.

⁴ Pérez Ramírez, Rigoberto. Privatizaciones, fusiones y adquisiciones: las grandes empresas en México. *Espacios Públicos*, Vol. 16, N° 37, 2013, p. 120.

este pluralismo jurídico no es privativo del orden deportivo. Bien al contrario, el deporte constituiría un ejemplo del desarrollo de sistemas sociales y normativos autónomos al que conduce lo que se ha denominado la «globalización policéntrica».⁵

En tal sentido, a los efectos de ilustrar la situación del deporte en el texto constitucional venezolano, se pasará al análisis de esta normativa,

En la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra que el deporte es una actividad indispensable de toda persona para su integridad desenvolvimiento corporal y espiritual, así como para su incorporación al desarrollo del país, con el objeto de formar una población sana y apta para el estudio y el trabajo, se reconoce tal actividad como un derecho humano, cuyo libre ejercicio beneficia la calidad de vida individual y colectiva. Dicha exposición reconoce que el deporte no solo se identifica con el ocio sino con actividades individuales y colectivas que permiten el desarrollo espiritual, y muy especialmente, la gestación de elevadas formas de conciencia sociocultural. Luego en el texto normativo constitucional, se incorpora dentro del capítulo de los derechos culturales y educativos, en el artículo 111, en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho al deporte y a la recreación como actividades que benefician la calidad de vida individual y colectiva. El Estado asumirá el deporte y la recreación como política de educación y salud pública y garantizará los recursos para su promoción. La educación física y el deporte cumplen un papel fundamental en la formación integral de la niñez y adolescencia. Su enseñanza es obligatoria en todos los niveles de la educación pública y privada hasta el ciclo diversificado, con las excepciones que establezca la ley. El Estado garantizará la atención integral de los y las deportistas sin discriminación alguna, así como el apoyo al deporte de alta competencia y la evaluación y regulación de las entidades deportivas del sector público y del privado, de conformidad con la ley. La ley establecerá incentivos y estímulos a las personas, instituciones y comunidades que promuevan a los y las atletas y desarrollen o financien planes, programas y actividades deportivas en el país.”⁶

A nivel legal, en Venezuela la última Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física (en los sucesivo y a los efectos de esta investigación: Ley del Deporte) apareció publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.741 de fecha 23 de agosto de 2011, luego de extensos debates en la Asamblea Nacional venezolana.

⁵ Pérez González, Carmen. ¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional *in statu nascendi*. *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, N° 1, 2017. p. 200.

⁶ Pérez Pereda, Daniel. La Sociedad Anónima Deportiva en Venezuela. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil / N° 1 – 2018*. www.sovedem.com

La estructura de la novísima legislación deportiva presenta ochenta y nueve artículos, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales, y se encuentra en vigencia desde su fecha de publicación, es decir, hace más de un año. Esta Ley derogó la Ley del Deporte publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 4.975 Extraordinario de fecha 25 de septiembre de 1995.⁷

El objeto de la Ley del Deporte es establecer las bases para la educación física, regular la promoción, organización y administración del deporte y la actividad física como servicios públicos, por constituir derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas y un deber social del Estado, así como su gestión como actividad económica con fines sociales. En este sentido, la gestión deportiva se debe realizar con una finalidad social, es decir, que el deporte, cualquiera sea su forma de organización debe contribuir a la realización del, ya citado, cometido constitucional. De igual manera se puede inferir la existencia de una relación de corresponsabilidad entre el Estado y el resto de los ciudadanos para la materialización de este objeto.

A las disposiciones de la Ley del Deporte patria se le debe sumar el Reglamento Parcial No. 1, publicado en la Gaceta Oficial No. 39.872, del 28 de febrero de 2012, que tiene por objeto desarrollar la Ley del Deporte en lo relativo a la organización y funcionamiento del Registro Nacional del Deporte, Actividad Física y Educación Física, condiciones para la inserción en el Sistema de Seguridad Social de los atletas, condiciones de transmisión de mensajes audiovisuales de servicio público deportivo y organización y funcionamiento del Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física.

Este Reglamento rige a: (i) la administración pública nacional, estatal y municipal; (ii) central y descentralizada, incluidas las universidades de gestión pública; (iii) a las Organizaciones Sociales Promotoras del Deporte; (iv) o a cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que realice actividades relacionadas con la práctica, promoción, organización, fomento, administración o alguna actividad económica vinculada con el deporte,

⁷ Esta ley derogó la Ley del Deporte de 1979, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.492 Extraordinario del 17 de agosto de ese mismo año.

la actividad física o la educación física; (v) así como aquellas personas naturales o jurídicas a quienes la Ley de Deporte obligue.

Se puede extraer de la ley y del reglamento de deporte, que las personas naturales o jurídicas del sector privado pueden promover y propiciar desde una perspectiva empresarial, actividades deportivas. Situación que se da en la práctica deportiva del país en casi todas las disciplinas, por citar como ejemplo el béisbol, el cual desde la temprana edad de los niños se incorporan a escuelas de béisbol menor o academias, constituidas como personas jurídicas de Derecho Privado, especialmente asociaciones o sociedades civiles, aunque en otros casos sociedades comerciales, pero que en prácticamente todos los casos sus ingresos corresponden a las inscripciones y mensualidades pagados por los padres y representantes de los niños, niñas y adolescentes.

En la actualidad esa estrecha relación entre lo público y lo privado en el deporte cada vez que llegan las temporadas de los compromisos deportivos internacionales, tales como el mundial de fútbol o las olimpiadas, los deportistas y sus equipos técnicos que son llamados a formar parte de la “selección nacional” comparecen en los entrenamientos de las semanas previas a esos eventos a las instalaciones deportivas “públicas” o de responsabilidad de los institutos deportivos del Estado al cual representan en esas contiendas deportivas. Sin embargo, durante el resto de su entrenamiento y otros compromisos, estos deportistas y sus equipos técnicos, lo han realizado de la mano de organizaciones privadas.

Un factor determinante para que esto sea así, lo conlleva especialmente los costos de la investigación y desarrollo, así como del equipamiento que se deben emplear para el desarrollo de la mayoría de los deportes. En este sentido, Arruza y Arriba anotan la importancia en el ejercicio y práctica de un deporte el poder contar con el equipo técnico correspondiente,

Las competencias de los entrenadores deportivos se han orientado preferentemente a la enseñanza y al entrenamiento en una modalidad o especialidad deportiva y, por tanto, han tenido su principal campo de aplicación en las actuaciones profesionales que convergen en la competición reglada. La formación de los entrenadores demanda unas condiciones de calidad y exigencia que consideren como aspecto básico que el futuro técnico deportivo reúna una cultura apropiada y, particularmente, unos contenidos formativos asociados y acordes con las funciones

y tareas que debe desempeñar. Los procesos de tecnificación de entrenadores se encuentran en niveles no tan avanzados como cabría de esperar, dado el potencial económico y la importancia sociológica que en los últimos años ha adquirido el deporte. Esto quiere decir que algunos aspectos importantes en la formación del deportista se encuentran insuficientemente sistematizados, y sobre todo, que la integración del conjunto de factores que intervienen en dicho proceso en un modelo global optimizado es algo que no se ha abordado en toda su magnitud y con suficiente rigor.⁸

Por su parte, Martínez-Lemos y Romo-Pérez mencionan que la actividad económica del deporte se articula en torno a un mercado en el que es posible diferenciar una oferta del sector productivo y de servicios, en respuesta a la demanda de amplios grupos de población, que han incorporado a sus vidas la actividad físico-deportiva como un hábito de consumo.⁹

Siendo que la actividad deportiva desarrollada por empresas privadas se asemejan a cualquier otra empresa de espectáculo público, es menester anotar lo planteado por González Palomares y Rey Cao acerca de que el deporte y la actividad deportiva, así como los deportistas han sucumbido ante las relaciones de consumo y de espectáculo, constituyéndose en la principal exposición cultural de movimiento de masas y un espacio privilegiado para los intereses propios de la globalización neoliberal, es decir, la sociedad anónima deportiva.

Forma parte del entramado seductor propio de la publicidad y actúa a su vez como medio de comunicación, ya que el público participa directa o indirectamente de la actividad deportiva. El marketing deportivo explota sus valores intangibles: la vinculación emocional, la identificación con las entidades deportivas, las propias modalidades deportivas, o los y las deportistas. El patrocinio es utilizado por empresas e instituciones para que la imagen del patrocinado y sus valores se transmitan al patrocinador. El principal interés es la figura de deportista de élite, porque el éxito deportivo se transforma en un referente de las marcas. Los clubes deportivos y los atletas se convierten en marcas, anunciando toda clase de objetos de consumo: ropa, perfumes, coches, etc.¹⁰

⁸ Arruza Gabilondo, José Antonio y Arribas Galarraga, Silvia. La investigación de la actividad física y el deporte. *Revista de psicodidáctica*, Vol. 13, Nº. 1, 2008, pp. 111-131. <https://ojs.ehu.es/index.php/psicodidactica/article/view/233/229>

⁹ Martínez Lemos, Rodolfo y Romo Pérez, Vicente. El sector privado del deporte en España. Relación con población, producción y renta. *Retos: nuevas tendencias en educación física, deporte y recreación*, Nº 28, 2015, pp. 71-77. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5145951.pdf>

¹⁰ González Palomares, Alba y Rey Cao, Ana. Deporte, publicidad y marcas en los libros de texto de educación física. *Cuadernos.Info*, Nº 46, 2020, pp. 281-306. <http://ojs.uc.cl/index.php/cdi/article/view/22765>

No cabe la menor duda de la interacción entre lo público y lo privado en el deporte, puesto que estas situaciones de consumo también se configuran en un derecho constitucionalmente protegido de los consumidores y usuarios. La privatización del deporte reconoce su importancia como motor y fuente de recursos económicos en la sociedad moderna.

CONCLUSIONES

Cada vez son más las actividades, conductas o actos que constituidos en postulados o preceptos, se transforman en principios, y de allí mutan para convertirse en derechos humanos fundamentales, recogidos por los tratados y convenios internacionales, y posteriormente incorporados a través de las constituciones a los ordenamientos jurídicos. Este es el caso del deporte y de la actividad deportiva, que en la actualidad se dificulta pensar que pueda ser algo distinto a un derecho humano fundamental, que a su vez es el punto de partida de otros derechos, tales como el derecho a la vida, e incluso el derecho de libertad de empresa.

Esta reunión entre deporte y empresa privada, no es novedosa, aunque es al Estado que le corresponde ser el garante de este derecho humano, la organización y administración no cabe duda de que está bajo la tutela del Estado, el cual da entrada a las empresas privadas para que se constituyan con el objeto de desarrollar la empresa privada deportiva. Se puede entonces concluir que la privatización del deporte y de la actividad deportiva se ha convertido en una necesidad, puesto que en muchos casos, la fórmula empresarial de las organizaciones privadas dedicadas a la investigación y desarrollo, además de contar con el personal que configura el equipo técnico y demás instalaciones y equipamiento necesario para la práctica deportiva son las que permiten que los deportes y los deportistas se desarrollen, junto con la posibilidad de que un universo cada vez mayor tenga acceso al espectáculo deportivo.

La propuesta presentada en este artículo no busca ser determinante sobre la necesidad de privatizar el deporte, puesto que sigue siendo parte de las obligaciones del Estado procurar el bienestar para todos los ciudadanos, siendo las actividades deportivas parte de ese deber.

Bibliografía

- Arruza Gabilondo, José Antonio y Arribas Galarraga, Silvia. La investigación de la actividad física y el deporte. *Revista de psicodidáctica*, Vol. 13, Nº 1, 2008, pp. 111-131. <https://ojs.ehu.es/index.php/psicodidactica/article/view/233/229>
- Flores Fernández, Zitlally. El Contenido esencial del Derecho al Deporte: Perspectiva constitucional en Latinoamérica. *Lex social: revista de los derechos sociales*, ISSN-e 2174-6419, Nº. 2, 2014.
- García Villar, Jaume y Rodríguez Guerrero, Plácido. Análisis Empírico de la Demanda en los Deportes Profesionales: un Panorama. *Revista Asturiana de Economía – RAE*, Nº 26, 2003. <http://www.revistaasturianadeeconomia.org/raepdf/26/P23-60.pdf>
- González Palomares, Alba y Rey Cao, Ana. Deporte, publicidad y marcas en los libros de texto de educación física. *Cuadernos.Info*, Nº 46, 2020, pp. 281-306. <http://ojs.uc.cl/index.php/cdi/article/view/22765>
- Martínez Lemos, Rodolfo y Romo Pérez, Vicente. El sector privado del deporte en España. Relación con población, producción y renta. *Retos: nuevas tendencias en educación física, deporte y recreación*, Nº 28, 2015, pp. 71-77. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5145951.pdf>
- Organización de Naciones Unidas. Convención de los Derechos de los Niños. 20 de noviembre de 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Organización de Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 13 diciembre 2006. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>
- Pérez González, Carmen: ¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional in statu nascendi. *Revista española de derecho internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 69, Nº 1, 2017. p. 200.
- Pérez Pereda, Daniel. La Sociedad Anónima Deportiva en Venezuela. *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 1 – 2018. www.sovedem.com
- Pérez Ramírez, Rigoberto. Privatizaciones, fusiones y adquisiciones: las grandes empresas en México. *Espacios Públicos*, Vol. 16, Nº 37, 2013, p. 113-140. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67628073007>

OBSERVACIONES A LAS SUPERINTENDENCIAS COMO TIPO ORGANIZATIVO EN VENEZUELA

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): *Mención Cum Laude*. Segundo de la Promoción, Especialista en Derecho Tributario (ENAHP-IUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor Ordinario Agregado por Concurso de Oposición en Derecho Constitucional. Profesor Colaborador en Derecho Administrativo I y II (ULA). Profesor de Post-Grado en Especialización de Derecho Administrativo y Derecho Tributario (ULA). Fundador-Coordenador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Idiomas: Inglés, Francés, Portugués. Cursando Alemán. Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ).

Resumen

La investigación persigue revisar la “tipología” de las superintendencias en vista de la falta de regulación sistematizadora, a través de la figura de las administraciones autónomas o independientes, que en el Derecho Comparado fungen como autoridades reguladoras de sectores económicos fuertemente regulados, que es lo más afín, pues el uso del tipo organizativo en Venezuela no es claro. La metodología utilizada fue la dogmática jurídica. Las superintendencias no poseen una conceptualización clara, pero la práctica legislativa germinada de su creación, denota falta de coherencia, frente a otros tipos; su errática creación indica, que son autoridades reguladoras, aunque no tengan todos, esos rasgos. Estas figuras son definidas, a través de otras tipologías, lo que es un error. Las telecomunicaciones son tratadas por una Comisión Nacional definida como Instituto Autónomo; el sector bancario, asegurador, valores y mutuales por superintendencias; hidrocarburos, minería y electricidad por Ministerios. El comercio por un servicio autónomo sin personalidad jurídica.

Palabras clave: Tipicidad, Tipo Organizativo, Superintendencia, Autoridad Reguladora.

OBSERVATIONS TO THE SUPERINTENDENCES AS ORGANIZATIVE TYPE IN VENEZUELA

Abstract

The research aims to review the "typology" of the Superintendencies in view of the lack of systematizing regulation, through the figure of autonomous or independent administrations, which in Comparative Law act as regulatory authorities of heavily regulated economic sectors, which is what more related, since the use of the organizational type in Venezuela is not clear. The methodology used was legal dogmatics. The Superintendencies do not have a clear conceptualization, but the legislative practice germinated from their creation denotes a lack of coherence, compared to other types; their erratic creation indicates that they are regulatory authorities, although they do not have all of these features. These figures are defined, through other typologies, which is an error. Telecommunications are handled by a National Commission defined as the Autonomous Institute; the banking, insurance, securities and mutual sector by superintendencies; hydrocarbons, mining and electricity by Ministries. Trade for an autonomous service without legal personality..

Keywords: Tipicity, Organizational Type, Superintendencies, Independent Administration.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo reduce varios tipos de legalidades administrativas, conforme a actuaciones específicas, que son instituidas por la legislación para la Administración. Por ejemplo, las habituales sanciones administrativas, son actuaciones modeladas por la legalidad administrativa sancionadora. Los tributos, son modelados por la legalidad administrativo-tributaria; los actos electorales-refrendarios, son modelados por la legalidad administrativo-electoral; y para no ser descuidado en categorizaciones, los tipos organizativos son modelados por la legalidad administrativa-organizadora. Cada tipo de legalidad administrativa posee como principio garantístico de primer orden, un contenido natural, implícito, y en ocasiones eventual, que son un condicionante de índole positivo de la potestad administrativa, y también un condicionante negativo suyo.

En el primer sentido, la legalidad administrativa como voluntad legislativa del órgano rector del Poder Legislativo es forjada como un simple martillo y un simple cincel de la silvestre potestad administrativa estatal, a los puros fines de estructurar, ordenar, modelar, a una Administración Pública Nacional lógicamente desde la perspectiva de los principios de la *buena administración*, como la eficiencia y la eficacia de los instrumentos potestativos de cualquier organización estatal. En un segundo sentido, la legalidad administrativa, la legalidad organizativa incluida, es una herramienta más para el afianzamiento del Estado de Derecho.

La doctrina administrativista global concibe a la legalidad administrativa como un *principio jurídico* condicionante de la Administración Pública venezolana en *latu sensu*, tanto negativo, como positivo. Desde el enfoque positivo, la Ley dice ¿Qué puede hacerse? ¿Quién puede? ¿Cuándo puede? ¿Dónde puede? o ¿A quién destinarlo? ¿Y cómo puede hacerse? ¿Y bajo que título fundamentarlo?

Lo arriba señalado enreda por un lado, el *sub-principio jurídico de la expresitud* de cualquier tipo de proceder estatal, cuya *interpretatio a contrario sensu* deduce paralelamente, desde el enfoque negativo: ¿Qué no puede hacer? ¿A quién no puede destinarlo? ¿Cuándo no puede? ¿Dónde no puede? ¿Cómo no puede? Por el otro lado, la legislación administrativa

puede decir claramente aquello que no puede hacerse, como una prohibición; o, puede deducirse, tácitamente, que no puede hacerse de una *interpretatio a contrario sensu* de unos conceptos jurídicos indeterminados ubicados en el contenido regulador de la Legislación. Sobre si hay, o no hay, el concepto jurídico como justificación de una determinada actuación positiva del Estado. Las anteriores consideraciones pueden incorporarse en las proyecciones externas de las distintas estructuras organizativas incorporadas en la misma Administración Pública, a través de sus actuaciones externas: los Reglamentos, actos administrativos con actuaciones materiales, y, los contratos estatales.

No obstante, la presente investigación pretende revisar la esencia jurídica de la indefinida tipología de las superintendencias como estructura organizativa en Venezuela, a través de la bibliografía española, italiana y de 1 autora venezolana, que despliega los efectos jurídicos de la tipicidad administrativa como un principio jurídico; un principio jurídico, que es poco conocido en Venezuela por el mundo académico y las instituciones gubernamentales, que no han definido los elementos respectivos de la tipicidad organizativa en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Luego, se utilizará variada bibliografía para desarrollar el punto de las autoridades reguladoras, como administraciones independientes.

La inexistencia del principio jurídico en el mundo de las organizaciones del Estado aparece la inexistencia real de un marco regulatorio propio, definidor de la categoría organizacional de la Superintendencia, que por un lado, la defina. Y por el otro, que se debe definir con ayuda de instituciones afines de otras latitudes. Eso contribuye, a la existencia fáctica de esa tipología de las superintendencias, más no jurídica en Venezuela; existen, pero de un modo improvisado y nada meditado.

Además, el estudio lograría una meta adicional de tipo pedagógico, al diferenciar a las Superintendencias de las restantes estructuras organizativas de la Administración, brindando algunas notas esenciales, que pueden deducirse de su ortodoxa regulación escrita, pues existe una clara confusión, un solapamiento de instituciones, que utiliza tipos del Estado para definir a otras tipologías del Estado.

De las páginas subsecuentes podrá colegirse cómo las Superintendencias fungen como autoridad reguladora, o, administración autónoma de otro país. Que estas existen de un modo poco delimitado. Y que estas son poco comprendidas en Venezuela. Primero, se tocará la tipicidad como punto previo al contenido de la Administración Pública. Después, la Administración y sus tipologías. Por último, la superintendencia y su afinidad a la autoridad reguladora.

En definitiva, se situará a las superintendencias de lo que se puede llamar la *Escala de la Independencia*; expresión esta con la que se refiere a un conjunto de instancias administrativas que desdoblán todas sus funciones al margen de la línea jerárquica que estructura el edificio organizativo de las Administraciones. Distar las superintendencias de otras figuras más o menos afines demanda, indudablemente, identificar las características propias de las primeras; o, asemejar las características de las segundas con las primeras.

I. La Tipicidad en la Actividad Administrativa como Principio Jurídico Modelador.

La existencia de la tipicidad administrativa, como principio jurídico rector de las actuaciones administrativas estatales implica una prolija exacerbación de la legalidad administrativa. En efecto, la legalidad administrativa es la esfera de acción concedida al órgano administrativo; esto es, el poder de apreciación, de valoración, de escogencia, de determinación de la oportunidad y conveniencia de los actos administrativos. Sin la discrecionalidad, el Estado-Administración sería una ejecutante automática que se limitaría a atender prescripciones, tal como un Farmacéutico que elabora la fórmula contenida en el récipe de un médico. La discrecionalidad permite el poder de valoración de los hechos y las circunstancias. Así, la tipicidad y la discrecionalidad son las dos distintas versiones de la legalidad administrativa, como unos principios condicionantes del accionar estatal.

Ahora bien, con el principio de tipicidad administrativa la norma vinculante de la acción administrativa se muestra con todo su rigor, dureza o severidad, cerrando la vía de cualquier consideración, que se aleje del mero proceso de ejecución del mandato legal contenido en ese acto normativo. De allí, que según Rondón, la tipicidad, si bien tiene una importancia cualitativamente enorme; cuantitativamente, se reduce una categoría específica de acciones

administrativas, o de los actos administrativos¹, tanto desde el punto de vista formal como material, cabe puntualizar con suma precisión.

Es necesario precisar que el principio jurídico de la tipicidad actúa sólo en relación con las expresiones formales de la acción administrativa, es decir, con los actos administrativos propiamente dichos, y concretamente, respecto a los cuales la doctrina italiana llama “*Proveimientos Administrativos*,” esto es, a los actos unilaterales particulares dotados del poder de incidir en la esfera jurídica de los destinatarios; extinguiendo sus derechos subjetivos, es decir, de la idoneidad de que den cumplimiento a la cargas que el acto impone, aun en contra de la voluntad sobre quien recae; y sin necesidad de recurrir para obtenerlo a los órganos jurisdiccionales. No obstante, este principio no es del todo cierto.

El sistema venezolano muestra con la Ley de Contrataciones Públicas² que este principio no es cierto, pues dicho texto normativo especial especifica tipos contractuales: el Contrato de Suministros, el Contrato de Ejecución y el Contrato de Servicios como los únicos ejemplos contractuales para dichas modalidades procedimentales previstas en el mundo referido, es decir, a los puros fines procedimentales de elegir al mejor contratista con su mejor oferta, y no permite por ejemplo, la selección de un accionista para el Estado con la firma de un contrato societario, a través del Concurso Abierto, o, el Concurso Cerrado. La Ley prevé modalidades concursarles con su debido procedimiento concursal. De igual modo, ocurre con las técnicas de gestión demanial en Venezuela, con la técnica contractual de la compra-venta de bienes inmuebles, y, la técnica del contrato de arrendamiento inmobiliario.³

En virtud del mencionado principio, los actos regidos por el mismo “*Proveimiento*” se presentan como “*Actos Típicos*,” esto es, como la actuación de esquemas previamente previstos por una norma legal expresa, caracterizándose, cada uno de tales modelos por la realización de un determinado contenido e interés público sumamente específico. Este principio maniobraría así, como una garantía del administrado, frente a la Administración, por cuanto éste impide que

¹ Rondón de Sansó, H. (2000) “*Teoría General de la Actividad Administrativa: Organización/Actos Internos*.” Ediciones Líber. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 75

² Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.155 de Fecha 19 de Noviembre de 2014. Decreto-Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas de 2014.

³ Gaceta Oficial N° 6.155 del 19 de Noviembre de 2014. Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos.

esos extensos poderes administrativos a que está facultado para ejercer sobre su esfera jurídica administrativa, queden librados a su propio poder decisorio.

Los “modelos” o los tipos de “proveimientos” se caracterizan, pues como se señaló, a través de cada uno ellos, la actuación correspondiente trata de obtener *la concreción específica de un determinado contenido*, a través de la satisfacción de un *interés público preciso*. Tales “Proveimientos” responden a esquemas lógicos de índole racional de la voluntad legislativa, que debe ser concretada por la reglada voluntad administrativa según condicionamientos previos de la legalidad administrativa.

En este sentido, el anterior diseño coloca ante la necesidad de precisar sobre qué elementos del acto incide el principio de tipicidad. Al respecto, la doctrina no se muestra uniforme.⁴ Algunos consideran que este versa sobre el fundamento o pedestal teleológico del “Proveimiento,” mientras que otros piensan, que por el contrario, este vuelve directamente en el contenido del acto jurídico.

La doctrina plantea la siguiente interrogante: ¿Qué es lo típico? ¿Es el fin, la causa del acto, o es la acción que a través del mismo se tiende? De acuerdo con diferentes posiciones doctrinales el íter lógico en el otorgamiento de una potestad o poder de acción administrativa, que trastoca los derechos subjetivos del administrado, es sin duda, el módulo de tipo teleológico. Ese es el primer elemento, pues para dar cumplimiento a un fin específico tutelado por un órgano administrativo, la Ley habrá de acordar ¿Cómo la referida potestad o acción administrativa procederá en el caso concreto? No obstante, Giannini:

Dicha actuación (contenido del acto) está también cabalmente definido. Por lo cual, la tipicidad recae esencialmente en el motivo del *Proveimiento*, y, de

⁴ Las AAI españolas suelen tener características especiales, la primera era la heterogeneidad que las afectaba, como resultado de cambios de gobierno, ausencia de una técnica legislativa uniforme a la hora de crear este tipo de entidades que se hacía notar en la disparidad de los miembros de cada una de ellas, y las diferencias en los mecanismos de elección de los miembros, así como en los grados de independencia o autonomía que poseían cada una de ellas. Sin embargo, en el año 2011, por medio de la Ley de Economía Sostenible, estas fueron homogeneizadas, a tal punto que su independencia era idéntica. Cfr. **Sánchez, H.** (2015) “*La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia.*” Tesis Presentada y Defendida para obtener el Título de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, España.

inmediato sobre su contenido. De allí, que en nuestro criterio, no quepa polémica alguna sobre ésta materia.⁵

A la par, la doctrina foránea observa cómo al lado del principio jurídico de la tipicidad, juegan a favor de los administrados dos principios jurídicos adjuntos: 1) el *Principio de Articulación de Igual Origen del Acto Administrativo*; y, 2) *El Principio de Nominatividad del Acto Jurídico*. Obviamente, la relación de los 2 principios jurídicos anteriores poseen una relación de *Género-Especie* con la tipicidad administrativa, pues el primero asegura la facultad de maniobrar con un cierto sentido, con un cierto contenido y con una cierta finalidad, aludiendo además a las modalidades de la actuación, mientras que el segundo asegura que el poder de accionar reciba el nombre conveniente según la Legislación: Decreto, o Resolución; dependiendo del caso, y, que la ejecución, lo fáctico, o los hechos, se incumban con la designación jurídica definida en la categoría definida en la Legislación. A eso, quiere decirse con el aspecto formal y material del acto jurídico acorde con la fuerza moldeadora de la referida legislación reguladora. Para Rondón de Sansó:

El principio de la tipicidad opera, en forma tal, que la Administración no pueda crear nuevas figuras que incidan sobre los derechos o intereses de los administrados, sino, que al actuar sobre tales situaciones, sólo le es dado hacerlo utilizando las modalidades previstas en una norma expresa.⁶

Por ejemplo, la solicitud administrativa de un operador económico en el área de las telecomunicaciones para obtener una concesión, hoy, autorización administrativa con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL), la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) podrá autorizar o negar la gestión de su negocio en esa área de la economía, atendiendo a un “*Proveimiento Administrativo*” denominado la Autorización Administrativa. Solo esa técnica de gestión administrativa es permitida por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y sólo esa. No caben otras posibilidades. No cabe, ni la licencia, ni el permiso, ni la concesión, pues el contenido y fin son distintos según la Ley.

⁵ Giannini, M. (1939) “*L’Interpretazione dell’atto Amministrativo e la Teoría Giuridica dell’Interpretazione.*” Giuffrè. XIX-X. Milán, Italia. Pág. 267.

⁶ Rondón de Sansó, Hildegard (2000) “*Teoría General de la Actividad Administrativa: Organización/Actos Internos.*” Ediciones Líber. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 76.

Es posible, que la CONATEL considere que la vía más idónea para dar satisfacción a la situación planteada, sea asignar a la operadora una Concesión Administrativa al solicitante. No obstante, la LOTEL prevé la existencia de una modalidad de acción diferente, que, es más típica, con semejante sector económico, tal es, la autorización, pues la acción concesionarial no encajaría con el supuesto normativo de la LOTEL. Además, ello contribuiría a lesionar el derecho a la propiedad pública estatal, pues la concesión, es una *Autorización* sobre bienes de dominio público o privado estatal.

En este sentido, para Rondón la tipicidad administrativa es un molde dentro del cual, una acción debe encajar en el *supuesto fáctico-normativo* contemplado en la Ley, en su totalidad. Entonces, la tipicidad se presenta como un claro límite para la acción administrativa⁷; que constituye, como expresa Giannini un esquema o forma típica, a través del cual la misma puede verdaderamente desarrollarse.⁸

Este principio deriva de la propia norma facultativa de competencia, la cual otorga a un órgano la potestad jurídica de accionar; circunscribiéndolo a determinados límites, modalidades y objetivos. Si se tuviere que colegir un paralelismo entre legalidad y tipicidad, la anterior Rondón de Sansó lo diría así, la Legalidad es, la *no contrariedad con la norma*; mientras, que la tipicidad sería el máximo de exigencia de conformidad con la norma;⁹ o, una no contrariedad máxima con la norma; o, la adecuación de lo fáctico con el tipo descrito en la norma.

La tipicidad administrativa plantea, así, que el “acto típico” se presenta como aquél cuya emanación está prevista en la norma. De tal forma que la Administración esté facultada para dictarlo dentro de los lineamientos trazados por la norma; operando así, la tipicidad como una habilitación afectadora de los derechos subjetivos del administrado.

II. La Tipicidad como Principio de la Actividad Administrativa Organizativa:

⁷ Rondón, H. (2000) “*Teoría General de la Actividad Administrativa: Organización/Actos Internos.*” Ediciones Líber. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 77.

⁸ Giannini, M. (1939) “*L’Interpretazione dell’atto Amministrativo e la Teoría Giuridica dell’Interpretazione.*” Giuffré. XIX-X. Milán, Italia. Pág. 267.

⁹ Rondón, H. (2000) “*Teoría General de la Actividad Administrativa: Organización/Actos Internos.*” Ediciones Líber. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 77.

Generalmente, la doctrina española admite con García Trevijano-Fos:

Que mientras en el Derecho Privado se permiten los contratos innominados, en el Derecho Administrativo se admite el principio inverso, a saber, todos los actos son típicos y la Administración no puede, ni siquiera, cuando su poder es ampliamente discrecional, utilizar los actos que no se encuentren admitidos en las categorías previstas por las normas.¹⁰

El autor Giannini califica al principio jurídico abordado como la *nominativistas* o nominatividad. Según él, este principio posee una doble versión. *Primero*, el acto jurídico debe estar precisamente incorporado en los esquemas y categorías admitidos previamente mediante la Legislación. *Segundo*, el acto jurídico no debe ser arbitrario, ni en la forma, ni en el contenido.

Naturalmente, como el origen del principio jurídico es legislativo, y, su fuente es la misma Ley, este principio jurídico aplica por igual a cualquier tipo de potestad estatal de tipo administrativa, incluso con las potestades regladas y con las potestades regladas más o menos discrecionales, porque la vinculación con la Ley sigue existiendo, pero de distinta manera. Este principio jurídico despliega un efecto jurídico muy especial, pues de él deriva la inutilidad de la calificación que reciba el acto jurídico de creación de la clase referida, pues éste despliega los efectos de su tipicidad con la nominatividad y cumpliendo el fin previsto en la Ley, aunque los vocablos utilizados sean distintos.

La tipicidad como principio jurídico obliga a establecer familias de actos unidos por ciertos principios comunes, así, por ejemplo, la misma familia de las autorizaciones, que después se desglosará en actos jurídicos, que aparentemente no pertenecen a esa familia de actos, como la dispensa, los permisos, las licencias; o, las concesiones y aún más genéricamente, la familia de los actos comprobatorios y certificantes, fecunda versión de un gran número de ellos.

La doctrina española-italiana considera infringido el principio de tipicidad cuando, por ejemplo, el Estado o la Administración Pública utiliza para su actividad pública actos del

¹⁰ García Trevijano-Fos (1991) “*Los Actos Administrativos*.” Editorial Civitas. 2º Edición. Madrid, España. Pág. 108.

mundo del Derecho Privado. Así, un arrendamiento de parcelas del dominio público en lugar de una concesión administrativa. En este específico supuesto, cualquier Abogado pudiere pensar que se carece de un objeto hábil para la relación jurídico-administrativa nacida, pero en realidad, la actuación jurídica estatal vulnera la tipicidad predicable de la tipología de los actos jurídicos coligados: acto administrativo-contrato administrativo con su referido contenido obligacional, y la legalidad procedimental, a su vez.

Por ejemplo, la doctrina española cree trascendental destacar una categoría, como el acto reglado con el discrecional, frente a la vinculatoriedad de la potestad administrativa con la Ley con el tema de la tipicidad. En este sentido, García Trevijano-Fos considera:

Hay que afirmar desde ahora, que la terminología adoptada es un simple calificativo, que no oscurece la realidad intrínseca. A veces se adoptan palabras, que van dirigidas a actos normalmente negociables, es decir, discrecionales, pero que en realidad, no son, más que, simples comprobaciones vinculadas. Por tanto, cuando hablemos de una concesión, una autorización o admisión, habrá que tener en cuenta el contenido, que encierran en su interior.¹¹

La anterior afirmación sostenida por el jurista español, demuestra un razonamiento flexible de la tipicidad administrativa, que invita a los operadores jurídicos a no sostener razonamientos rígidos. Sin embargo, la tipicidad administrativa con sus tipologías, posee ese sentido jurídico inevitablemente.

El autor pretende, de algún modo, que ante la posible y eventual dicotomía entre la norma y el producto jurídico de su ejecución, que la sociedad no juzgue su objetivo cuestionamiento ante los Tribunales, sino la elucidación en el sentido jurídico del acto creador de la figura, “conforme” a su ejecución administrativa, pues carece de sentido, o, cuestionar la nominatividad jurídica del proceder estatal en la Ley para la Administración ante la Sala Constitucional; o, cuestionar la existencia misma del acto administrativo con su creación jurídica respectiva ante los tribunales administrativos.

¹¹ García Trevijano-Fos (1991) “*Los Actos Administrativos*.” Editorial Civitas. 2º Edición. Madrid, España. Pág. 109.

Tales juicios constitucionales serían contradictorios en un sentido muy dogmático-administrativo, con un agudo contenido doctrinal, casi hasta el punto, que se estaría utilizando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de argumentos técnicos acerca de las diferentes técnicas de gestión administrativa. No hay Tribunal, Juez, ni jurista, que intente pronunciarse sobre aspectos tan densos como ese en la República de Venezuela.

Ninguna de las dos anteriores posibilidades ha acontecido en Venezuela. Y lo más sensato es corregir el referido menoscabo desenmarañando a ese principio con un sentido taxativo, por medio de una técnica interpretativa con un sentido *a contrario sensu* distinto. Pero ese contrasentido existente entre el producto de la ejecución de la Ley y la misma configuración de la Ley, no puede ser aclarado de ese modo, sino mediante una reforma de la Ley; con la revocación, o lo decidido impropriamente contra la Ley; o, con la anulación de esa acción administrativa contraria a la Ley.

Esa explicación de Trevijano-Fos, es un modo de torcer a la voluntad legislativa. Y, aunque pudiere ser plausible, laudable en ciertos ámbitos, como acontece con los actos administrativos que gestionan a ciertos contenidos, con sus referidos intereses generales específicos, no acaece de igual forma con los tipos organizativos, pues dichas estructuras organizativas son creadas a través de Ley para ser ubicados en un sistema administrativo con relaciones de inordinación, supra-subordinación e inordinación en el seno del mismo Estado. Y la confusión del nombre produce un poder sumamente fuerte, porque ello puede cambiar su ubicación en el Estado, la República, “*el Poder Ejecutivo*,” y los tipos de relaciones de autoridad con los administrados, los funcionarios públicos, las autoridades superiores, y en fin, con el entero entramado de relaciones jurídicas del Estado.

Cuando la doctrina administrativista formula la conexión de la legalidad-tipicidad como dos principios jurídicos entrelazados, especifica el referido dinamismo de la legalidad con una de sus dos facetas de concreción ejecutiva, frente a los administrados. Así, García De Enterría-Fernández (2000):

El principio de legalidad impone, pues, la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones

correspondientes, exigencia que (...) afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras. De tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta.¹²

De tal manera, que la tipicidad es la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará, por ejemplo, una sanción administrativa; la forma de realizar una elección o un tipo de referéndum; la configuración y cobro de un determinado tributo; o la forma de crear a las estructuras organizativas con un expreso fin, propósito o razón de ser.

Es cierto que, la tipicidad administrativa-organizativa juega un papel elevado para caracterizar a la Administración Pública Central con su grupo de Ministerios y de oficinas nacionales; a la administración desconcentrada; y la administración descentralizada; y, de paso, con las Administraciones Autónomas, que son mal denominadas en Venezuela, como las superintendencias. Pero ¿Cómo confundir, por ejemplo, un Instituto Autónomo con una Comisión Nacional? ¿O, con una Autoridad Reguladora? Esto, a simple vista, no parece acertado desde el enfoque del Derecho de las Organizaciones.

Un Instituto Oficial Autónomo como Ente Descentralizado Funcionalmente de la Administración Pública Nacional no tiene un ámbito competencial-material preciso, pero la práctica legislativa constante, que faculta concretizar a esas figuras, denota de modo implícito cómo esos entes son introducidos explícitamente para prestar servicios públicos administrativos; incluso, en ocasiones, estos poseen funciones de control, y gestión de bienes de dominio público, y privado, de la República, Estados y Municipios.

Pero el ámbito competencial-material no queda nunca definido legalmente: es una simple lectura interpretativa de la realidad legislativa-práctica. De igual manera, ocurre con las empresas estatales, pero, es bastante fácil entender, que el Estado bajo su forma tradicional de República, Estados y Municipios, inquiera erigirse como estructura con un fin empresarial, frente al sector privado, incluso, frente a los administrados como entes, que suministran bienes

¹² García, E.,-Fernández, R. (2000) “Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.” Editorial Thompson-Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 176.

y servicios con fines de enriquecimiento del erario estatal, cabe decirlo, aunque suene raro, pues las empresas estatales están quebradas por vender y dar servicios económicos de interés general –no servicios públicos- bajo pérdida.

Sin embargo, no existe una fórmula mágica para afinar de un modo matemático a esa conclusión, pues, en esencia, cualquier organización estatal presta un *servicio público administrativo* –no cualquiera presta servicios económicos de interés general-; o cumple, con alguna función de control administrativo, en mayor o en menor medida. No existe un criterio único para puntualizar sustancialmente, a una organización estatal descentralizada funcionalmente.¹³

Pero aquello prestado esencialmente a modo diferenciado a la colectividad con un criterio de notoriedad discernible, será entonces, la competencia principal de esa organización, mientras que las restantes serán competencias secundarias o accesorias de la principal. Encontrar, así, un Instituto Oficial Autónomo, con fines empresariales, bancarios, como el ya extinto Banco Industrial de Venezuela (BIV), era un verdadero exabrupto jurídico; una verdadera exquisitez jurídica carente de sentido, desde la perspectiva organizacional de carácter público en Venezuela.

En conclusión, crear una organización con fines diferentes a los previstos a la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) como Ley de cabecera para organizaciones públicas, puede considerarse como un abuso de poder (delito por parte de Diputados o Funcionarios Administrativos), e incluso como una auténtica *desviación de poder* de la ley de creación de esa tipología, pues la acción constituye un exceso competencial con ocasión al ejercicio ilegítimo de un poder organizacional, desde el enfoque de darle un sentido, propósito o fin distinto del originalmente previsto.

III. Las Superintendencias como Tipo Organizativo: Una Revisión Crítica.

¹³ Cfr. La Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP) estipula en su articulado los Institutos Autónomos con Fines, y, sin Fines Empresariales. La tipología de los Entes Descentralizados Funcionalmente con forma de Derecho Público de la LOAFSP cambia diametralmente la visión de la LOAP, por una muy diferente, que complica el tratamiento jurídico correspondiente.

Difícilmente, las superintendencias pueden considerarse como un verdadero tipo organizativo, pues la categoría jurídica no existe en Venezuela dentro de la Ley Orgánica de la Administración Pública publicada en Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinaria del 17 de Noviembre de 2014.

No obstante, las leyes administrativas especiales utilizan semejante categoría para gestionar a cualquier tipo de sector económico fuertemente regulado instituido por una ley ordinaria. El SEFR y la superintendencia, son siempre instituidos por una misma Ley. De tal modo, que no hay Sector sin su autoridad reguladora, ni viceversa.

La LOAP venezolana regula a nivel orgánico-funcional a la Administración Pública de una manera directa y de una manera indirecta. A nivel directo, esta Ley regula a la Administración Pública Nacional, tanto central, como desconcentrada y descentralizada. A nivel indirecto por el método de la supletoriedad normativa, la LOAP regula a la administración pública estatal y municipal: la Administración Pública de las dependencias federales queda ubicada en el ámbito nacional.

No obstante, estas organizaciones acaban siendo reguladas directamente por la Ley Orgánica de las Dependencias Federales (de 1938), y supletoriamente a través de la LOAP. Después de la anterior narración pareciere que fue abarcada totalmente la Administración Pública, pero la verdad es, que esto no es así, porque los órganos administrativos de los otros Poderes Públicos acaban siendo regulados por su propia Ley homónima. Y, cuando algún aspecto no quede indicado en esa Ley, el operador jurídico deberá buscar a la LOAP como ley de cabecera. Pero, ¿Dónde quedan las superintendencias?

Las superintendencias no existen como categoría en la LOAP. Y cuando éstas son creadas por su ley administrativa especial, las superintendencias acaban siendo creadas como un tipo organizativo que se define jurídicamente, a través de otros tipos organizativos, que acaban a su vez, siendo ubicados exclusivamente en el Poder Ejecutivo Nacional, como ente descentralizado funcionalmente con forma institucional, o de instituto autónomo, pero con el alias de una Comisión Nacional: Ejemplo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones

(CONATEL). La Ley Orgánica de Telecomunicaciones así lo prevé en sus artículos 34 y 35,¹⁴ cuando define a la CONATEL como a un Instituto Autónomo. Y el Portal Web de la institución, así lo ratifica, al poner a CONATEL, como un ente.¹⁵

Ciertamente, los tipos organizativos poseen caracteres propios y algunos comunes a otros tipos organizativos. Ello ocurre así, pues el titular de la potestad organizativa ejecuta a la potestad administrativa creadora del Ministerio, órgano o ente, de conformidad a los lineamientos de la Constitución, las leyes y los reglamentos organizativos o internos. El artículo 15 LOAP dice:

Los órganos, entes y misiones de la Administración Pública se crean, modifican y suprimen por los titulares de la potestad organizativa, conforme con lo establecido en la Constitución, y la Ley. (...) Se entiende por órganos, las unidades administrativas de la República, los Estados y los Municipios y los Distritos Metropolitanos a los que se le atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio. Tendrá el carácter de Ente, toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia; sujeta a control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte *de sus órganos rectores*, de adscripción y de las directrices emanadas del órgano al cual compete la Planificación Central... (*Cursivas Añadidas*).

Efectivamente, la LOAP establece una diferenciación entre el órgano y ente en la Administración Pública, pues éstas son dos categorías totalmente diferentes. Y la Ley debe diferenciarlos a efecto de graduar las modulaciones potestativas de cada quien en la pirámide organizativa-administrativa estatal. No obstante, la norma peca de tres faltas graves.

La primera es definir al Ente como una unidad administrativa subordinada a los órganos; segundo, el definir simultáneamente al órgano en el papel de un Ministerio; y tercero, el obviar a la figura del Ministerio dentro de la estructura piramidal del Estado-Administración, de cara a los órganos y a los Entes, pues los Ministerios son unas estructuras organizativas piramidales de carácter rector sobre su área competencial, y, eso implica poderes de control sobre el ámbito competencial de los órganos y entes.

¹⁴ Gaceta Oficial N° 36.610 del 12 de Junio de 2000. Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

¹⁵ Cfr. www.conatel.gob.ve

En esta concepción, hablar de Ministerio, o de Ministerios implica hacer énfasis en la Administración Central; de los órganos implica ser enfático en la Administración Desconcentrada; y, de los Entes implica ser enfático en la Administración Descentralizada. Finalmente ¿Dónde quedan las referidas superintendencias?

Es pertinente plantearse la interrogante. ¿Cómo puede el Poder Legislativo crear artificialmente toda una categoría organizativa nueva, a través de leyes especiales, sin estar previamente definida en la LOAP? A la Asamblea Nacional atañe ejercer la potestad organizativa con una Ley para ejecutar la tipicidad organizativa antes fundada en la LOAP. Esa es la forma de cumplir con la tipología organizativa como mandato jurídico según el Derecho.

Por ende, no es nada correcto la práctica legislativa ni gubernativa por vía de los Decretos-Leyes de crear las superintendencias sin reverenciar a los criterios técnicos de uniformidad, propios, del tipo organizativo de las superintendencia, que, entonces, a los efectos de las mismas *leyes administrativas especiales* autoras de los *sectores económicos fuertemente regulados* -y que son gestionados por sus referidas autoridades reguladoras- que éstas figuras organizativas sean consideradas como un completo invento jurídico sin sustento en el sistema jurídico. No hay una Ley marco de las superintendencias como tipo organizativo, que la individualice.

Siendo así, el efecto de la tipicidad organizativa se ve forzada totalmente desde la orientación de la LOAP, por ser también Administración, pero una categoría diferente de Administración; una, que desde el enfoque del Derecho Comparado, es autónoma e independiente del Poder Ejecutivo. Todo en vista de que Araujo:

La Constitución de 1999 establece un nuevo régimen por el cual el Poder Legislativo Nacional tiene que establecer las bases de organización y funcionamiento. Y el Poder Ejecutivo decidir el diseño organizacional y operativo detallado. En ambos casos, la LOAP establece las bases y principios de organización y funcionamiento de la Administración Pública, pero deja su desarrollo y adaptación a otras normas, (*las legislativas*). En Cursivas las palabras agregadas.¹⁶

¹⁶ Araujo, J. (2011) “*Derecho Administrativo General Administración Pública.*” Paredes. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 24.

En este sentido, las superintendencias venezolanas están engarzadas por la fuerza enorme del Presidencialismo exacerbado del sistema gubernativo patrio, pues éstas figuras tienen como máximo jerarca a un Superintendente, que según la otrora Ley de creación referida, y de una manera unánime, incumbe al Presidente Ejecutivo designar, como cargo de libre nombramiento y remoción; un funcionario público de entera confianza, y además, directo en la línea de mando del Presidente Ejecutivo.

Las múltiples tipologías administrativas obedecen a los varios criterios Anabitarte-Rexach, por ejemplo 1) la Jerarquía: a) El Rango, b) El Nivel; 2) La Integración; 3) El Objeto; 4) La Territorialidad; 5) Lo Funcional.¹⁷ El criterio del objeto es el relevante aquí. De igual modo, el criterio del rango, pues las superintendencias no son administraciones de rango constitucional, sino, que todas éstas disfrutan de un rango eminentemente legal, en una parcela propia, de un modo similar, a un Ministerio. Por supuesto, esto rompe el criterio de unidad orgánico-funcional de la administración pública nacional, que se halla en el Poder Ejecutivo Nacional.

Otrora, las *leyes administrativas especiales* creadoras de los Sectores Económicos Fuertemente Regulados SEFR refutan los postulados de un Estado de Derecho, porque la figura organizativa no está justificada jurídicamente. De tal manera, que cobra vigencia la vieja posición de Santi Romano de que existen dos clases de poderes: los jurídicos que derivan del ordenamiento jurídico; y aquéllos que operan *de facto*, es decir, sin amparo en el Derecho Objetivo, y, por tanto, jurídicamente irrelevantes.¹⁸ Éstas no tienen un asidero justificado, pues la figura no tiene base jurídica que avale su origen.

Incluso, la doctrina española diría con Garrido que se trata de un corolario obligado de la supremacía estatal, que corresponde con el *status subjectionis* de los administrados,¹⁹ porque la creación de la figura, lejos de crear un margen de sujeción de tipo general de los administrados con la Superintendencia de una manera legítima, esta crea plenamente una

¹⁷ Gallego, A. (1971) “*Derecho General de Organización*.” IEA. Madrid, España. Pág. 23

¹⁸ Romano, S. (1964) “*Fragmentos de un Diccionario Jurídico*.” EJEA. Buenos Aires, Argentina. Pág. 298-299.

¹⁹ Garrido, F. (1974) “*Tratado de Derecho Administrativo*.” Editora Revista de Derecho Privado. Tercera Edición. Madrid, España. Pág. 5

relación de sujeción especial de un reducido grupo de operadores económicos, frente a los avasallantes poderes de ordenación, dirección, supervisión y sanción, pero de modo ilegítimo, de cara a la sociedad, aunque el fin sea reponer el *orden público económico*.

Justamente, a medida que la ordenación de los párrafos avanza, los elementos definitorios de la tipología van apareciendo. Y con ello, la necesidad de aproximarse al artículo 16 LOAP, que finalmente despliega de una manera muy débil, el principio de tipicidad administrativa. Así, con enormes falencias, pues, ésta norma legal-orgánica puntualiza algunos de los puntos necesarios a tomar en cuenta para conformar a un determinado tipo organizativo. Con algunos de los mismos defectos del artículo 15, la norma contenida en el artículo 16 especifica:

La creación de órganos y entes administrativos se sujetará a los siguientes requisitos: 1) Determinación de su configuración subjetiva, forma organizativa y ubicación en la estructura de la respectiva Administración Pública; 2) Indicación expresa de su objeto y competencias; 3) Previsión de las partidas y asignaciones presupuestarias necesarias para su organización, funcionamiento, o reformas organizativas...

Indudablemente, la anterior norma comporta un avance notable desde el punto de vista de las organizaciones. No obstante, peca de muchas imprecisiones, pues la norma no indica la totalidad de los aspectos a considerar en una estructura organizativa.

Por ejemplo, no indica el nombre del máximo cargo de la organización, ni, a quien incumbe llevar a cabo su designación, ni tampoco los requisitos objetivos-subjetivos a cumplir por parte de la máxima autoridad de la estructura; no dice tampoco, a quien corresponde la sanción del Reglamento Interno de la estructura organizativa, si es que hay que dictarlo; y, tampoco puntualiza a las unidades administrativas mínimas internas de cualquier organización; tampoco indica el mayor o menor grado de autonomía administrativa a dar a semejante estructura organizativa.

Tampoco dice el menor o mayor grado de autonomía presupuestaria, tanto para saber: 1) Si éste formula o no, su propio presupuesto; 2) si gestiona o no su propio proyecto de presupuesto; 3) Obtener o no sus ingresos propios, a través de tributos de distintos tipos: a)

Impuestos; b) Tasas; c) Contribuciones Parafiscales; d) Otros medios; en cualquiera de las 4 combinaciones posibles. O, cuales son los cargos objeto de poderes de designación de funcionarios de libre nombramiento y remoción por la máxima autoridad.

De igual modo, depende, de si la estructura organizativa es una comisión o un consejo (colegiado), pues no menciona, a quien incumbe la designación de los miembros del consejo, como tampoco, los requisitos a cumplir por parte de dichas personas; o, ¿Qué clase de mayoría será seleccionada para aprobar una decisión: simple o calificada? Hay una infinidad de caracteres que pueden mencionarse, que incluso pueden resultar exóticos, como el propio procedimiento de formación de los reglamentos externos o destinado a los operadores económicos; o de los actos administrativos de efectos generales aludidos en los artículos 21.7, 96.5, 96.6, 111, 127.1, 139.3 y 143 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP-2000).

Lo anterior demuestra la falta de contundencia legislativa en la regulación de las superintendencias, frente a las tradicionales estructuras organizativas, que se encuentran en la LOAP, sin olvidar la madurez de los redactores de la LOAP por desarrollar un cuerpo regulador único, coherente y sistematizador de la Administración Pública.

IV. Superintendencias en Venezuela: Figura similar a las Autoridades Reguladoras.

El presente trabajo tiene por objeto llevar a cabo una aproximación a los rasgos usuales de las llamadas Administraciones Autónomas, o Independientes, o de la llamada Superintendencia, que defiende al tiempo, la conformidad de esta fórmula organizativa con los postulados constitucionales relativos a la unidad de las Administraciones Públicas, que legislativamente están a favor del criterio principista de la unidad, que a diferencia de la Constitución de 1999, reverencia el principio jurídico de la lealtad institucional a nivel de los tres niveles de gobierno.

Dos datos conviene tener presentes antes de emprender el estudio. De un lado, la importación al país de este tipo de Administraciones institucionales, no es un hecho reciente, como se tendrá ocasión de revisar en la literatura extranjera, pues esta literatura data de la

década de los setenta con la inspiración original de la figura con Estados Unidos de América, pasando luego por una serie de reformas en la década de los 80 y 90.

Luego, el gobierno del desgobierno en las referidas áreas durante las dos últimas décadas en Venezuela, que, de algún modo ratificó el modelo de las Administraciones Independientes optadas por el Pacto de Punto Fijo, al mejor estilo estadounidense, pero con el pseudotipo de la superintendencia. Ésta rara ordenación legislativa se expone, en buena medida, a la escasa atención doctrinal prestada a la problemática que exhibe esta solución organizativa hasta la fecha, tanto por doctrina, como por los tribunales. Las diferentes Administraciones Independientes que actúan en Venezuela como claras superintendencias, algunas como Comisiones Nacionales y otras como Institutos Autónomos, han sido creadas en circunstancias políticas y económicas diferentes.

En efecto, las tres primeras que surgieron en un contexto de bonanza petrolera: 1) Comisión Nacional de Valores con el Mercado de Capitales; 2) La Superintendencia de Seguros con el Sector Asegurador; 3) y la Superintendencia de Bancos con el Sector Bancario; caracterizado además, por la presencia de una mayoría estable en el antiguo Congreso de la República (Constitución 1961); las restantes brotaron en breves momentos de graves crisis económicas, a los puros fines de concretar un rescate financiero.

Aun así, los principales caracteres son básicamente tres: 1) Intervienen en sectores económicos fuertemente regulados (SEFR); 2) Su objeto de actuación es la aplicación de un Derecho Objetivo muy bien definido, que pudiere considerarse como autónomo, frente al resto del sistema jurídico, en opinión de alguna opinión extranjera; 3) la neutralidad de las autoridades reguladoras de cualquier conflicto partidista. Dicho de otra manera, la plena efectividad de la neutralización política de una institución exige, en primer término, la firme decisión en tal sentido, de los propios actores del juego político.

En este orden de ideas, según Pomed, en primer término, todas ellas están llamadas a actuar sobre sectores especialmente *sensibles* de intervención pública. Una mera relación de los

mismos así lo pone de sabido: radio y televisión, energía nuclear, sistema crediticio y financiero y, en fin, uso de la informática.²⁰

En segundo lugar, Pomed (1993):

El propósito que se persigue encomendando a las citadas Administraciones Independientes dicha actuación no es en modo alguno el de proceder a la constitución de Ordenamientos jurídicos sectoriales, lo que únicamente sucede en la ordenación del sistema financiero. Antes bien, se trata de asegurar el alejamiento de las instancias de intervención de la lucha política partidista. Que ello se consiga depende, en gran medida, de los propios contendientes en esta lucha.²¹

Y finalmente, el tercer carácter de importancia de las Administraciones Autónomas e Independientes del Derecho Comorado es según Pomed:

Al requisito constitucional de la objetividad de la Administración pública, este modelo organizativo añade otra nota caracterizadora, el de su neutralidad. Se trata de alcanzar objetivos (la transparencia informativa, la seguridad nuclear, la estabilidad monetaria, el buen funcionamiento del mercado de valores, o la defensa de la intimidad frente al uso indebido de la informática) que afectan al conjunto de la sociedad y cuya proyección temporal se extiende más allá de la vida de los Gobiernos de turno.²²

Cabe decir, que seguramente, la principal propiedad de la Administración Federal (Estados Unidos), durante la mayor parte del Siglo XIX, fue el escaso poder que poseía. Fácilmente, ésta estaba dedicada a la prestación de algunos servicios básicos, cuya expresión máxima fue el correo. Dicha Administración no intervino en forma determinante en la Sociedad, transfiriendo en casi su totalidad, tal aspecto a los propios partidos políticos y a las Cortes.

En tal sentido, las cortes estuvieron a cargo de resolver la mayor parte de los problemas en que el Gobierno Federal era competente. En opinión de muchos expertos, la explicación a dicha situación se encuentra en la influencia, que el capitalismo y su posición del *laissez-faire*

²⁰ Pomed, J. (1993) “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes” En Revista de la Administración Pública Nº 132. Págs. 117-170. Pág. 121

²¹ *Ibíd.* Pág. 121

²² *Ibíd.* Pág. 121.

tuvo durante el Siglo XIX, y la primera parte del Siglo XX, que implicaba, como el Gobierno debía limitarse sólo a la prestación de ciertos servicios indispensables como la seguridad, dejando el resto, a las fuerzas del mercado.

No obstante, tanto los crecientes cambios en la economía generados por el industrialismo, como la necesidad de planificación, en aquellas áreas, en que el mercado no había mostrado ser eficiente, y los gobiernos estatales no tenían poder para hacerlo (*cómo sería el caso del desarrollo de líneas ferroviarias que afligían el comercio entre Estados con el ICC*), causó una presión inmensa sobre el Gobierno Federal relativo a la necesidad de actuar directamente sobre esos nuevos retos. En efecto, era perentorio, a tales fines, la creación de una Administración moderna, que en contraste de las Cortes, pudiera producir soluciones a los problemas, que estaban más allá de casos particulares, y que afectaban a los sectores más sensibles de la sociedad.

El primer paso tomado al respecto, fue regular, aunque fuera mínimamente, las áreas en que las empresas debían trabajar y competir. La regulación fue posible, a través de la creación de agencias administrativas, destinadas a dictar normas que asintieran racionalizar la actividad de las empresas. En este sentido, los caracteres de las superintendencias como Administraciones Autónomas, también pueden ser:

1) Son Administraciones Públicas Nacionales, Autónomas e Independientes:

Para Mónaco, *las Independent Administrative Agencies* (IAA) han sido objeto de numerosos estudios comparados, que se han enfocado esencialmente en la independencia y autonomía que por lo menos en teoría, se les otorgó.²³ Que básicamente está instituida en la *Delegation Doctrine*, que no es otra cosa que la doctrina creada por la Corte Suprema de Justicia (USA) para justificar esa transferencia de funciones. Y, que es la base fundamental del papel regulador que esas agencias ejercen, y que sirven para aprender, que otras formas han

²³ Mónaco, M. (2005) “*Las Administraciones Independientes en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos de América y su Potestad Normativa*,” En VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” sobre el Tema El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. FUNEDA. Caracas, Venezuela. Pág. 191.

esgrimido otros países para estructurar y organizar ese rol estatal en los asuntos económicos-comerciales de una Nación.

Originalmente, el presupuesto político desencadenante para el origen de las siguientes estructuras fue el conflicto político suscitado en la década de 1930 entre el Presidente y el Congreso por controlar la nueva Administración Pública en USA, que, a finales del Siglo XIX fue imperioso crear en ese País con el fin de resistir los problemas que el desarrollo acelerado de la economía exigía con motivo a las competencias de la federación estadounidense en la economía. Y que por su misma esencia nacional o federativa pedía de una regulación de ese mismo tipo.

Las superintendencias intentan regular aquéllas áreas de la economía en que el mercado ha probado ser ineficientes, y en las cuales debe ser promovido el bienestar social. De igual manera, también es sostenido, que éstas son herramientas de grupos económicos poderosos para controlar el mercado mediante el directo fomento de regulaciones administrativas, cuyos competidores, o los potenciales competidores, no pueden cumplir. Y al respecto, fue formulada, la *Teoría del Public Interest* como la *Teoría del Public Choice* para probar la creación de las superintendencias.

Según la *primera tesis*, la justificación fue la existencia de un órgano administrativo mucho más tolerante, hacia la acumulación de capital que las Cortes, que pudiere resolver por anticipado las dudas que los empresarios tuvieran de la legalidad de sus actuaciones. Según *la segunda tesis*, la justificación fue la existencia de las IAA por el mayor nivel de experticia-eficiencia, que éstas poseen en comparación con los Tribunales, así como en la posibilidad de resolver a determinados problemas antes que los mismos ocurran, mediante la emisión de regulaciones administrativas, tales como los reglamentos.

La experiencia política originaria con los estadounidenses fue que éstas eran más proclives que el Poder Judicial para influenciar los distintos intereses políticos-económicos existentes en la época, y, por tanto fácilmente manejables. No obstante, ambas sendas sociales son posibles.

Por eso, para Mónaco ambas teorías deben ser tomadas en cuenta, en virtud de que cada una de ellas, explica una parte distinta de un mismo fenómeno, las cuales, deben ser cuidadosamente ponderadas, en cada caso.²⁴

Por último, las superintendencias son vistas como Administraciones Autónomas,²⁵ porque éstas no integran al Poder Ejecutivo, ni a ningún otro Poder Público, expresión con que se refiere a un conjunto de instancias administrativas, que desarrollan sus funciones al margen de la línea jerárquica, que estructura el edificio organizativo de las Administraciones Públicas, que estas no se encuentren dirigidas por el Gobierno.²⁶²⁷

En este sentido, para Pomed:

Al lado de estos caracteres propios, aparece un dato que permite integrar a las Administraciones Independientes en la evolución del régimen jurídico de las Administraciones institucionales, cual es la opción por un Derecho estatutario singular, que pone de manifiesto la huida del Derecho administrativo general.²⁸

No obstante, la legitimación de la organización administrativa ante la sociedad, pende del Congreso como órgano rector del Legislativo, quien además de crearla, debe nombrar a su Directiva. En Venezuela, las superintendencias forman parte del Poder Ejecutivo Nacional, bajo

²⁴ Mónaco, M. (2005) “*Las Administraciones Independientes en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos de América y su Potestad Normativa*,” En VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” sobre el Tema El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. FUNEDA. Caracas, Venezuela. Pág. 194.

²⁵ Un buen ejemplo de Administración independiente existente en el Reino de España, es la Agencia de Protección de Datos cuyo artículo 34.2 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, afirma contundentemente que *actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones*. Cfr. Jiménez, A. (1989) “*Derecho Público del Mercado de Valores*.” Ceura. Madrid, España. Pág. 190.

²⁶ Cfr. Registro Oficial. Suplemento N° 490. Constitución de la República de Ecuador del 07 de Mayo 2011. Artículo 213.

²⁷ Las Administraciones Independientes consideran esta figura una auténtica *contradictio in terminis*, por entender que no cabría en el sistema constitucional francés la existencia de un sector de la Administración que se sitúe al margen del poder de dirección del Gobierno. En defensa de esta tesis se aduce el artículo 20.2 de la Constitución francesa de 1958, en virtud del cual el Gobierno *dispone* de la Administración. Como quiera, el Gobierno no podría ejercer ningún tipo de control sobre los órganos ni sobre la actividad de unos organismos calificados como administrativos, el legislador estaría desconociendo la existencia de un *domaine réservé* al ejecutivo. Cfr. Braibant, G. (1979) *Droit d'accès el Droit a l'Information*, En “*Mélanges Charlier*.” Editions de Université de l'Enseignement Moderne. París, France. Págs. 708. Y también Sabourin, P. *Les Autorités Administratives Indépendantes Dans l'Etat*, en “*Les Autorités Administratives Indépendantes: Histoire d'une Institution*.” Colliard C.A. y Timsit G. (Dirs.) Pág. 46. París, France.

²⁸ Pomed, J. (1993) “*Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes*” En Revista de la Administración Pública N° 132. Págs. 117-170. Pág. 118.

la adscripción de un Ministerio, que ejerce un control de adscripción, bajo la forma de un control de tutela, que es dirigida presidencialmente.

Además, la caracterización de estas Administraciones como independientes toma cuenta del deseo de dotar a la acción pública de una cierta continuidad y, al mismo tiempo, de la voluntad de neutralizar políticamente los ámbitos sobre los que operan. A tal fin, se alinea a esos organismos al margen de la línea jerárquica de mando, a cuyo vértice se sitúa el Gobierno. Al margen de todo ello, conviene señalar que la extensión de este tipo de fórmulas del poder público en países como Francia, que han vivido en la tradición racional-burocrática en el modelo weberiano de Administración, hacen visible una cierta crisis suya.

Timsit ha caracterizado como la crisis de los tres grandes mitos sobre los que se asentaría toda la organización hasta la fecha; cuales serían, la *instrumentalidad*, la *unidad* y la *racionalidad*. En primer término, frente a la predicada vigencia del principio de instrumentalidad, la Administración aparecía hoy día, en ciertos ámbitos, dotada de una amplia autonomía, de un poder de autodirección. A su vez, frente a la *Tesis de la Unidad*, estructurada a partir del principio de jerarquía, aparece la segmentación, la fragmentación del poder, el empirismo organizativo, que reclama soluciones *ad hoc*. Por último, frente a la *Tesis de la Racionalidad* de la regularidad y previsibilidad de la acción administrativa, se afirma la pluralidad de racionalidades divergentes, e incluso conflictivas.²⁹

2) Su medio de creación, modificación y supresión, es el legal:

Naturalmente, el órgano rector del Poder Legislativo como órgano rector es el adecuado para instituir a esos SEFR, de conformidad con el artículo 156 de la Constitución de 1999, que otorga competencias expresas a la República, y, que automáticamente, y de una modo conjunto con el artículo 187.1, otorga competencias al Congreso, Parlamento o Asamblea, de legislar sólo, en las materias de la República.

La Constitución de 1999 no detalla qué clase de Leyes. Como consecuencia, el mensaje implícito es, que debe ser una Ley Ordinaria como regla. Sin embargo, las Telecomunicaciones

²⁹ Cfr. Timsit, G. (1979) Les Nouveaux Modeles d'Administration, En “*Études et Documents. N° 29. (1978-1979).*” Pág. 21.

están reguladas por una Ley Orgánica, pero ello es en vista de que, las Telecomunicaciones al ser reguladas, están concatenadas con el derecho a la libertad de expresión, que, es un Derecho Constitucional, y el artículo 203 indica, que los Derechos Constitucionales deben regularse con una Ley Orgánica. Así lo asume el TSJ en Venezuela.

No obstante, no existe traba constitucional para regular a los SEFR, de una u otra forma. Es indiferente, una Ley Ordinaria a una Ley Orgánica. De hecho, la Ley Orgánica pide de mayoría calificada: una mayor votación. El resto de los SEFR se hallan regulados por Leyes Ordinarias o Decretos-Leyes; último aspecto bastante cuestionable por quebrantar a la Reserva Legal. Raramente, dos Sectores, como los hidrocarburos, o, el servicio eléctrico están regulados por Leyes Orgánicas y sus autoridades reguladoras son los ministerios respectivos. Lo anterior es muy atípico en Venezuela, y, debe batallarse sin lugar a dudas para impedir la politización colosal de esas instituciones, que a través de un partido dominante, presidencializa las políticas de los asuntos económicos.

3) **Es autoridad reguladora de sectores económicos fuertemente regulados:**

Los SEFR son aquellos áreas de la economía que se encuentran fuertemente conectados con temas sensibles de la sociedad, debido al *orden público económico* existente que se debe proteger, mediante Ley, que instituye a una institución administrativa de control como una autoridad reguladora de una cierta actividad económica, colocando, bajo una sujeción especial de modo particularmente intenso, a un conjunto de operadores económicos, que amontonan similitudes en la producción de un bien, o la prestación de servicios. Cada superintendencia vigila un determinado sector de manera individualizada,³⁰ pero de modo conjunto con la Superintendencia Antimonopolio (antigua Procompetencia).

³⁰ Cabe decir, que el artículo 213 de la Constitución de Ecuador dispone: “*Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.* Las Superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. Las superintendencias serán dirigidas y representadas por las superintendentes o superintendentes...” La anterior norma constituye un enorme avance en el mundo del Derecho Latinoamericano, a diferencia de Venezuela, pues el Texto tipifica el tipo organizativo, y además, lo define. Y del anterior enunciado pueden desprenderse varias de las características principales de su accionar, aunque no todas, y principalmente, su configuración como una Administración No

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

En este sentido, según Araujo (2007) “se da en los supuestos en que con carácter obligatorio o por sumisión voluntaria de los administrados, los órganos o entes, resuelvan controversias entre agentes económicos en los nuevos servicios abiertos al mercado.”³¹

Ahora bien, aunque esta intervención sea reputada como unilateral, garantista y subsidiaria, ésta supone que la misma se realice con sometimiento a todas las garantías en sede administrativa. Lo que implica, que tratándose de un procedimiento administrativo especial, además de avalar los referidos derechos constitucionales y legales, deberá decidir como cualquier autoridad administrativa, cuando corresponde resolver un procedimiento administrativo de naturaleza triangular, esto es, velando por la satisfacción del interés general vicaria de los operadores económicos y demás administrados.

Cabe decir, que la proliferación de este tipo de Administraciones en el Reino de España para 1980 se explicaba, a buen seguro, por la necesidad en que entonces, se hallaba el Gobierno minoritario de Unión de Centro Democrático de contar con la aquiescencia de la oposición para regular a determinados sectores económicos con intervención pública, que podían calificarse como especialmente *sensibles*.³²

4) Son Administraciones Públicas de Control de Actividades Comerciales:

Las superintendencias son una parte integral de la Administración Pública Activa con una función de control sobre el ejercicio de los derechos económicos de la propiedad y la libertad económica, que constituyen en términos jurídicos, del derecho subjetivo de los 2 derechos económicos, la capacidad de goce y de ejercicio de los comerciantes.

Autónoma, o, Dependiente. Su expresa aparición en el Título IV: De la Participación y la Organización del Poder, a través del Capítulo V: La Función de Transparencia y Control Social, como una institución de control del Estado al servicio del interés general, se excluye de aquello dicho con antelación de las autoridades reguladoras, pues Ella conforma a nuestro denominado Poder Ciudadano: Constitución de Venezuela (1999). Aunque, la Constitución instituye al Poder Ciudadano, esta aparece sin su idea ordenadora, teoría, principio, o pensamiento sistematizador. En cambio, la Constitución de Ecuador (2008) demuestra una mayor claridad teórico-organizativa al respecto con el tema de su “Poder Ciudadano” y las Superintendencias.

³¹ Araujo, J. (2007) “*Derecho Administrativo: Parte General*.” Manuales Universitarios. Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 344.

³² Cfr. López, F. (1991) El Consejo de Seguridad Nuclear: Un Ejemplo de Administración Independiente, En “*Revista de la Administración Pública N° 126*.” Pág. 197.

Las instancias administrativas de control externo constituyen en términos similares, instituciones contraloras, frente a potenciales injusticias que pudieren cometer, los comerciantes contra el *orden público económico*. Pero sólo indagando a la *injusticiabilidad* del acto de comercio frente al sistema jurídico, concretamente, de cara a la Constitución.

5) Son Administraciones con Poderes Normativos, Ejecutivos y “Judiciales.”

Básicamente, las superintendencias como equivalente a las autoridades reguladoras forman una ruptura a la teoría constitucionalizada de la separación de poderes, pero, ello constituye un mayor grado de polémica decir, que encarnan un microcosmos de funciones, pues éstas organizaciones son titulares de un poder normativo,³³ ejecutivo y judicial;³⁴ éste último llamado *Quasi-Judicial*, porque obviamente no ejerce jurisdicción. Y ejerce una potestad normativa no legislativa según la Tesis de la *Delegation Doctrine de la Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos)*, siempre que las líneas legislativas de la potestad ordenadora existan. También existe una potestad ejecutiva traducida en la Planificación del Sector, la Inspección, fiscalización, y, control –dependiendo del área económica.

Así, definidos dichos límites de acción Miranda-Márquez: El Estado establece las autoridades u organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas, que limitan la actividad empresarial, las cuales actúan en ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control. ³⁵Adicionalmente, para Miranda-Márquez se otorgan también a las autoridades

³³ Dos tipos de normas se distinguen, las primeras relativas a la organización interna de la AAI, y otras relativas al sector regulado, las cuales son vinculantes para los terceros. Cfr. **Terrón, D.** [s.f] *Autoridades Nacionales de Reglamentación: el Caso de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones*. Ediciones Comares. Granada, España. Cfr. Sánchez, H. (2015) “*La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia.*” Tesis Presentada y Defendida para obtener el Título de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, España. Pág. 121.

³⁴ Dentro las funciones judiciales se encuentran la resolución de conflictos entre empresas o ciudadanos que se desenvuelven en el respectivo mercado regulado; en los Estados Unidos las agencias reguladoras independientes tienen facultades arbitrales, en algunos casos como una jurisdicción voluntaria y en otros obligatoria. Cfr. Sánchez, H. (2015) “*La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia.*” Tesis Presentada y Defendida para obtener el Título de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, España. Pág. 122.

³⁵ Miranda, A.-Márquez C. (2005) “*Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación,*” En VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” sobre el Tema El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 147.

administrativas, facultades de regulación económica, cuyo objetivo es el de orientar la actividad económica, hacia el equilibrio.³⁶

Pero además, las superintendencias fungen con su potestad de limitación de tipo arbitral, precisamente en un árbitro para los conflictos entre operadores económicos como ocurría ante la vieja Procompetencia, hoy Superintendencia contra el Antimonopolio, pues estos dictan decisiones administrativas definitivas equivalentes a una Sentencia Definitiva que disipan conflictos jurídicos inter-subjetivos en el orbe económico.

6) Son Administraciones Públicas con potestades administrativas especiales:

6.1.) Potestad Ordenadora. Pésima Coordinación de Potestades Reglamentarias:

Otra de las principales características de las superintendencias como Autoridades Reguladoras, es la potestad ordenadora, o, como mejor es conocida en Venezuela, dada la influencia francesa, la *Potestad Reglamentaria*. El estudio de la presente potestad que tiene campo en la materia económica las superintendencias, debe efectuarse de cara a uno de los principios básicos del Estado de Derecho, hoy sin duda en crisis, como es *la Reserva de Ley*, que exige que ciertas cuestiones, en particular, aquéllas que conciernen a los ámbitos de la libertad de los comerciantes como la libertad económica, que éstas sólo puedan ser reguladas por el órgano legislativo, y, que estén exentas de la acción del Ejecutivo. No obstante, la intrusión reglamentaria está justificada, como un complemento.

Es sabido también, que la regulación de las actividades económicas demanda de autoridades estatales, de la eterna generación de normas de diversa jerarquía y entidad, producto de distintos órdenes de gobierno (Comunitario, Nacional, Estatal y Municipal).

No está de más decir, que Perrino: ésta multiplicidad de normas, sin codificar, dispersa y altamente cambiante, conspira seriamente con el principio de seguridad jurídica, ya que genera un sistema de fuentes muy completo en que se suscitan múltiples y continuos conflictos normativos.³⁷ Pero la mayor inseguridad generada con la potestad ordenadora de la actividad

³⁶ *Ibíd.* Pág. 147.

³⁷ Perrino, P. (2005) “*La Potestad Normativa de la Administración Económica*,” En VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” sobre el Tema El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 267.

económica, es la paralela potestad reglamentaria a ese objeto regulado, pues las *leyes administrativas-económicas* mencionan de una potestad reglamentaria, que comparten el Poder Ejecutivo con el Presidente en Consejo de Ministros y la superintendencia.

Existe una dualidad de potestades ordenadoras, y, no se sabe cuál debe ser la principal, pues las dos normativas tienen el mismo rango sub-legal, con la diferencia de que la potestad reglamentaria del Presidente Ejecutivo reunido el Consejo de Ministros recibe el nombre de Reglamento Ejecutivo, y, la normativa de la superintendencia recibe el nombre de: *acto administrativo de RESOLUCIÓN*, aunque esta tenga el mismo carácter de normatividad, abstracción, generalidad e impersonalidad; nace así, un nuevo producto normativo estimado de muy exótico origen: *la Resolución Reglamentaria*. Este conflicto, acaba zanjándose según Peña:

En ese orden de ideas, es necesario acudir al principio, esto es, al de jerarquía. Así, en un primer momento habrá que considerar el rango político o administrativo de los órganos, que dictan los instrumentos en conflicto. De tal manera, que si se admite, que ambos pueden emanar actos normativos constitutivos de fuentes del Derecho Administrativo, debe presumirse, que detenta más fuerza normativa el proveniente del órgano que tiene mayor en la escala jerárquica de la Administración Pública...³⁸

No obstante, *presumirse*, a que una regla objetiva del Derecho, así lo prevea, es muy diferente, a solucionar de una manera categórica. Lo más racional sería que la misma Ley Administrativa-Económica facultare a uno, o, a otro: Presidente Reunido en Consejo de Ministros, o, a la superintendencia, cuando usar sus referidas potestades ordenadoras. Al raro fenómeno de colisión de poderes normativos -que no debería existir- debe dársele fin con una potestad ordenadora exclusiva a la Superintendencia conforme el principio jurídico de la especialidad.

De esa manera, se descongestionaría la monopólica titularidad de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo Nacional. Y, además, acabaría lidiándose con la excesiva concentración de poder por parte del Presidente Ejecutivo en el área económica-financiera.

³⁸ Peña, J. (2004) “*Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999.*” Vol. I. 4ta Reimpresión. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 588.

Todo esto, desde el simple punto de vista del Derecho Constitucional, quedando muchas más ideas, a exponer. En opinión de muchos autores, el Reglamento presidencial o del *Antiguo Rey del Absolutismo Europeo prerrevolucionario* a 1789, es según Santamaría: un residuo vergonzante del antiguo régimen francés, al considerarse, que en un Estado de Derecho, no sólo no son representantes del pueblo, sino que por ende, no tienen legitimación democrática.³⁹

Parafraseando a la doctrina francesa, Hauriou: la peculiaridad de la intervención estatal radica en la tendencia a conceder a la Administración poderes para evitar que la actividad de los ciudadanos perturbe el orden económico, que incluyen, limitaciones a la libertad y a los derechos de los ciudadanos.⁴⁰

7) **La Máxima autoridad es un Superintendente y dura por un cierto tiempo.**

La práctica legislativa imperante con las Superintendencias, es crear a través de la Ley SEFR instituido, el cargo de Superintendente como máximo jerarca. La totalidad de las leyes que conceptúen a las superintendencias, así lo disponen, excepto con las autoridades reguladoras.⁴¹ Por ejemplo, el Decreto-Ley Antimonopolio a través del artículo 20: “la Superintendencia estará a cargo de un superintendente nacional que será de libre nombramiento y remoción por el Presidente Ejecutivo,” que además “coordinará las posibles Intendencias Regionales a implantar”. Así mismo, el superintendente designará a un superintendente adjunto como un cargo de confianza, a los puros fines de éste suplir las faltas absolutas y relativas del superintendente nacional (Aparte Único-Artículo 21). Todas las Leyes de creación de las Superintendencias instituyen las tres anteriores premisas para el máximo cargo respectivo.

En cuanto a la duración en la ocupación del cargo, el artículo 22 del Decreto-Ley Antimonopolio establece como normativa de ejemplo, que el cargo de Superintendente es

³⁹ Santamaría, J. (1991) “*Fundamentos de Derecho Administrativo.*” Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, España. Pág. 713.

⁴⁰ Hauriou, M. (1927) “*Précis de Droit Administratif et de Droit Publique.*” 11^o Edition. Edition Sirey. Paris, France. Pág. 79.

⁴¹ Por ejemplo, el artículo 317 de la Constitución (1999) instituye el cargo del Superintendente para un Servicio Autónomo Sin Personalidad Jurídica como el SENIAT, como estructura organizativa encargada de la Administración Tributaria Nacional en materia de recaudación de rentas internas y externas. La Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos crea el Ente Nacional del Gas, bajo el cargo de un Director. Lo anterior denota un auténtico desorden regulativo de la autoridad reguladora. En el área Eléctrica, Hidrocarburos y Minería, los respectivos ordenamientos erigen al Ministro como máxima autoridad de la autoridad reguladora.

temporal. Pudiendo éste permanecer en el cargo por un lapso máximo de cuatro años que se contarán desde su designación, pudiendo a su vez, ser designado nuevamente por un nuevo periodo por un lapso igual. No obstante, el artículo 22 de una manera confusa pareciera decir, que cuando haya transcurrido la mitad del periodo, y surja una falta absoluta, el Presidente Ejecutivo podrá acabar el resto del periodo, a menos, que se sustituya al anterior.

No obstante, lo anterior solo pasa con las superintendencias o autoridades reguladoras de los Países del Tercer Mundo, pues con los países que acogen las anteriores formas organizativas, los países del primer mundo confieren una mayor legitimidad política a las Autoridades Reguladoras ante la sociedad con ayuda del órgano rector del Poder Legislativo: el *Congreso o Parlamento*; dependiendo de la respectiva forma de Gobierno adoptada por la Nación, a través de su Constitución. Esto ocurre, porque de esta manera, el presidencialismo estaría al margen de la pretendida objetividad, o neutralidad política de las autoridades reguladoras.

Lo sustancial en las superintendencias es la rigurosidad técnica al momento de decidir conforme con criterios científicos propios de las Ciencias Económicas, Gerenciales, Contables, Politológicas, Jurídicas y de otras disciplinas afines mucho más técnicas como la Ingeniería, y tal vez la matemática económico-financiera. De esta manera, Pomed:

Frente al dogma de la neutralidad de los poderes públicos en materia económica, los ideólogos del *New Deal* afirmaron la necesidad de una acción positiva del Estado. Acción positiva, que, llevarían a cabo, las Agencias Reguladoras Independientes, toda vez que, en la visión optimista de estos reformistas, eran estas instancias, aisladas de toda influencia política y dotadas de una gran especialización técnica, las que estaban llamadas a transformar la sociedad estadounidense.⁴²

De igual forma, Parejo:

En efecto, justamente uno de los principios básicos de la actividad administrativa en general –la eficacia- se torna paradójicamente en fundamento mismo de la aparición de instituciones autónomas, por la generalización de la percepción del tipo de tradicional de la Administración Pública general como inadecuada e

⁴² Pomed, J. (1993) “*Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes*” En Revista de la Administración Pública Nº 132. Págs. 117-170. Pág. 125.

incapaz por tanto, de resultar eficaz en sectores de la vida colectiva, de lógica altamente diferenciada, gran complejidad técnica y elevada sensibilidad económica o social, al menos de garantizar aquella eficacia, que tales sectores hoy demandan de acuerdo con sus características.⁴³

Como resultado de la proliferación de las Administraciones Independientes de su extensión a los más diversos campos de la acción administrativa, los fundamentos sobre aquéllas que se habían asentado, empezaron a ser cuestionados en los años posteriores al final de la Segunda Guerra Mundial. Así, se puso en duda la neutralidad e independencia de los funcionarios, que servían en aquéllas, denunciándose el *clientelismo* y la *captura* de que eran objeto las Agencias por parte de los mismos sectores que habían de regular.

Resultado de ello, fue el progresivo desplazamiento del centro de gravedad de la legitimidad de las Agencias desde la objetividad técnica a la participación de los sectores sociales, culminado en la década de los sesenta. Esta nueva perspectiva dio origen a una jurisprudencia, que puso el acento en los aspectos procedimentales de la acción de las Administraciones Independientes, en la cual, el objeto de la fiscalización era el proceso de formación de la voluntad de dichas Agencias. De tal forma, que la regulación adoptada no fuere caprichosa, sino el resultado de la valoración de las diferentes soluciones posibles.

Finalmente, en los últimos años, el apoyo de la legitimidad de las Administraciones Independientes se ha situado principalmente en su origen legislativo. Así, en su calidad de creaciones del Poder Legislativo, su ubicación al margen de la línea jerárquica de dirección de la actuación administrativa por el Poder Ejecutivo, será conforme con la Constitución estadounidense, o del país correspondiente, en tanto, que instrumentos para la realización de los propósitos reguladores del legislador. Tanto así, que para Pomed:

Ésta concepción de las Agencias Independientes como *auxiliares* del Poder Legislativo surge como respuesta a los ataques lanzados contra las mismas, desde las filas de la llamada *Nueva Derecha*, algunos de cuyos máximos

⁴³ Parejo, A. (1994) Prologo a la Obra de Betancour Rodríguez, A., “*Las Administraciones Independientes.*” Tecno. Madrid, España. Pág. 15.

representantes se han situado en los puestos más elevados del poder político en la última década.⁴⁴

8) Son Administraciones Públicas con Autonomía Suficiente para sus Fines.

No es posible ocultar la influencia del derecho anglosajón en el desarrollo del concepto de regulación, que, como en el caso Latinoamericano se funda en la actividad de autoridades administrativas con algún grado de independencia del Gobierno Central. Para Torno-Más: creadas para intervenir en la actividad económica de los particulares”;⁴⁵ ya que “el nuevo orden del mercado trae consigo la necesidad de nuevos principios de regulación; principios que apuntan al surgimiento de una nueva forma de organizar.”⁴⁶ La autoridad reguladora para cumplir con su papel de real especialización funcional debe estar integrado por personas que sean expertos conocedores en el área, que tengan usanza e información para producir una regulación adecuada.

9) No Poseen Personalidad Jurídica.

Aunque, las superintendencias personifican a las autoridades reguladoras de los Países del Primer Mundo. En Venezuela, éstas no disfrutan de las mismas características. No obstante, éstas si disfrutan de otra nota común a las autoridades reguladoras del primer mundo, que, en vista de que en teoría, éstas no conforman a ningún Poder Público, las Superintendencias pueden reputárseles que si poseen personalidad jurídica propia, incluso por así disponerlo erróneamente la Ley.⁴⁷

⁴⁴ Pomed, J. (1993) “Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes” En Revista de la Administración Pública Nº 132. Págs. 117-170. Pág. 128.

⁴⁵ Torno-Más J. (2000) La Actividad de Regulación, En “El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI.” Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia, España. Pág. 1331.

⁴⁶ *Ibíd.* 1331.

⁴⁷ Cfr. Sánchez, H. (2015) “La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia.” Tesis Presentada y Defendida para obtener el Título de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, España. El autor dice: las autoridades reguladoras poseen garantías de independencia, que pueden ser de tres tipos: Garantías de Naturaleza, de Fuero e Independencia Funcional. La Garantía en la naturaleza: Y que dentro de las garantías en su naturaleza, el estatuto de creación de la CNMC la dota de personalidad jurídica, esto se traduce en la capacidad plena para tener derechos y contraer obligaciones, y marca un límite entre esta y la Administración General. Además, la Ley utiliza los vocablos independiente e independencia, tanto del mercado y los intereses empresariales de este como del Gobierno y de la Administración General del Estado, por lo que desaparece la relación de tutela administrativa. Pág. 236-237.

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Pero no sucede así, pues las Superintendencias tocan a la República, o Federación, en vista de que son poderes nacionales, o, de tipo Federal. Hablar de las superintendencias o autoridades reguladoras significa hablar de una parte de la Federación estadounidense, que constitucionalmente si tiene personalidad jurídica, como en otros países. Si pretendiese demandarse a una Superintendencia por daños y perjuicios, la República sería legalmente garante, no la Superintendencia.

De este modo, si la atribución a las mismas de la personalidad jurídica las distingue de los órganos administrativos que ejercen su actividad con una cierta independencia, la atenuación de la relación de instrumentalidad respecto de las Administraciones territoriales encarna una nota propia en relación con el grupo de las Administraciones Institucionales.

CONCLUSIONES

La investigación fue muy ambiciosa con relación al presente tema y requiere de investigaciones complementarias, o, de una investigación mucho más profunda como un Trabajo Especial de Grado. No obstante, los objetivos fueron conseguidos. Se partió de la base indicada: la tipicidad organizativa, hasta finalmente conseguir los detalles técnicos de la figura organizativa en países del primer mundo, y, sus observaciones pertinentes en Venezuela con relación a la figura organizativa, pues las Superintendencias, o autoridades reguladoras venezolanas, distan mucho de la tipología de los Estados Unidos de América, o, de España, Francia y el Reimpo Unido.

Hoy por hoy, ni siquiera los Estados Unidos de América como país referente de la tipología, posee una autoridad reguladora en los términos de los tiempos que dieron a su origen en el Siglo XIX y comienzos del Siglo XX (La Primera Mitad). Fueron muchas las causas, que por supuesto implican otros estudios apartes -que efectivamente los hay en la literatura foránea- pero muy poco en la República de Venezuela. Hay muchas reflexiones para la presente tipología. De un modo objetivo, es preferible que las Superintendencias posean una autonomía orgánica, frente a los restantes Poderes Públicos, a excepción del Poder Legislativo, que es su

Poder Público de origen. Sociológicamente, en términos puros de poder político, hoy, es imposible desanudar a las autoridades reguladoras del agravado presidencialismo político venezolano. Por eso, la nota regulativa de la autonomía de las Autoridades Reguladoras aseguraría una profunda objetividad para las Superintendencias en Venezuela, y para los comerciantes, también.

Otra crítica, que no pudo exponerse en páginas anteriores, es la carencia de una Junta Directiva como órgano colegiado⁴⁸ presidido por un Superintendente,⁴⁹ que asegure la participación de expertos en la toma de decisiones, y por supuesto, la emisión de informes de la Superintendencia en cualquiera de las áreas económicas aludidas.⁵⁰

Objetivamente, los Ministerios del Servicio Eléctrico, Petróleo y Minería, deberían eliminarse. Un Ministerio lía ejercer la rectoría político-administrativa de control desde la Administración Pública Central, hasta los niveles inferiores. Y todo ese bagaje jurídico de relaciones de autoridad existentes en un Ministerio, es incompatible con la función de una autoridad reguladora. Un Ministerio en esa área económica, constituye pura burocracia. En materia de Comercio Exterior y Comercio Interno, la apreciación compone un argumento

⁴⁸ La colegialidad por su parte hace referencia a la pluralidad de miembros que componen las AAI y las AR. En la mayoría de los países, los miembros de las Autoridades Reguladoras tienen más de uno. En el Derecho Comparado, especialmente en USA, la mayoría están formadas por 5 miembros. En Francia, también está formada por igual cantidad. La excepción es R.U.: the OFTEL tiene carácter unipersonal. Cfr. **Terrón, D.** [s.f] *Autoridades Nacionales de Reglamentación: El Caso de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones*. Ediciones Comares. Granada, España.

⁴⁹ En Francia se ha visto previamente, la colegialidad también es regla general, aunque hay excepciones. En Francia, la mayoría de AAI son colegiadas a excepción del Mediador de la República, el Defensor de los Niños y el Mediador del Cine. Cfr. *Ley N° 2000-196* del 06 de Marzo de 2000. Artículo 1° como “autoridad independiente.” Y también, **Gélard, P.** (2006) *Fait au nom de L'Office Parlementaire D'Évaluation de la Législation.* “Déposé le 15 Juin 2006: Rapport de l'office Parlementaire d'Évaluation de la Législation N° 404 (2005-2006). Paris, France. “Les AAI françaises sont toutes des autorités collégiales, à l'exception du Médiateur de la République, du Médiateur du cinéma et du Défenseur des enfants. La composition des collèges des AAI constitue aux côtés de leurs pouvoirs l'un des paramètres dans lesquels s'exprime le plus la très grande adaptabilité de ces instances.” Pág. 29.

⁵⁰ Con la figura de las Autoridades Reguladoras se pretende básicamente, dotar de un *plus* de legitimidad a la acción administrativa, reduciéndose con ello el número de conflictos. Al mismo tiempo, se puede afirmar, que se trata de unos ámbitos relativamente *sensibles*, donde las formas tradicionales de actuación, tal vez resulten inadecuadas. Por último, cabe señalar que la *clave de bóveda* de todo el sistema se encuentra en la selección de las personas adecuadas, caracterizadas por su cualificación técnica. Cfr. Tornos-Mas, J. (1991) Comercio Interior y Exterior, en Martin-Retortillo S. (Dir.) *Derecho Administrativo Económico. Tomo II.* La Ley. Madrid. España. Pág. 642.

polémico, dado que el SENIAT no es una autoridad reguladora pura, sino que éste órgano constituye, una organización recaudadora de impuestos nacionales y otros distintos tributos.

Bibliografía

- Araujo, J. (2011) *“Derecho Administrativo General Administración Pública”* Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.
- Araujo, J. (2007) *“Derecho Administrativo: Parte General.”* Manuales Universitarios. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.
- Braibant, G. (1979) Droit d'accés el Droit a l'Information, En *“Mélanges Charlier.”* Editions de Université de l'Enseignement Moderne. París, France.
- Gallego, A. (1971) *“Derecho General de Organización.”* IEA. Madrid, España.
- García, J. (1991) *“Los Actos Administrativos”* Editorial Civitas S.A. Segunda Edición. Madrid, España.
- Garrido, F. (1974) *“Tratado de Derecho Administrativo.”* Editora Revista de Derecho Privado. Tercera Edición. Madrid, España.
- Giannini, M. (1939) *“L'Interpretazione dell'atto Amministrativo e la Teoría Giuridica dell'Interpretazione.”* Giuffrè. XIX-X. Milán, Italia.
- García Trevijano-Fos, J.A. (1991) *“Los Actos Administrativos.”* Editorial Civitas. 2º Edición. Madrid, España.
- García, E. (2000) *“Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.”* Editorial Thompson-Civitas S.A. Madrid, España.
- Gélar, P. (2006) *Fait au nom de L'Office Parlementaire D'Évaluation de la Législation.” Déposé le 15 Juin 2006: Rapport de l'office Parlementaire d'Évaluation de la Législation N° 404 (2005-2006).* Paris, France.
- Hauriou, M. (1927) *“Précis de Droit Administratif et de Droit Publique.”* 11º Edition. Edition Sirey. Paris, France.
- Jiménez, A. (1989) *“Derecho Público del Mercado de Valores.”* Ceura. Madrid, España.
- López, F. (1991) *“El Consejo de Seguridad Nuclear: Un Ejemplo de Administración Independiente, En “Revista de la Administración Pública N° 126.”* Pág. 197.
- Miranda, A.-Márquez C. (2005) *“Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación,”* En VII Jornadas

- Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” sobre el Tema El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. FUNEDA. Caracas, Venezuela.
- Mónaco, M. (2005) “*Las Administraciones Independientes en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos de América y su Potestad Normativa*,” En VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” sobre el Tema El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. FUNEDA. Caracas, Venezuela.
- Parejo, A. (1994) Prologo a la Obra de Betancour Rodríguez, A., “*Las Administraciones Independientes*.” Tecno. Madrid, España.
- Peña, J. (2004) “*Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*.” Vol. I. 4ta Reimpresión. Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.
- Perrino, P. (2005) “*La Potestad Normativa de la Administración Económica*,” En VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan R. Brewer-Carías” sobre el Tema El Principio de Legalidad y el Ordenamiento Jurídico-Administrativo de la Libertad Económica. FUNEDA. Caracas, Venezuela.
- Pomed, J. (1993) Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes En “*Revista de la Administración Pública N° 132*.” Págs. 117-170.
- Rondón, H. (2000) “*Teoría General de la Actividad Administrativa: Organización/Actos Internos*.” Ediciones Líber. Caracas, Venezuela.
- Romano, S. (1964) “*Fragments de un Dictionnaire Juridico*.” EJE. Buenos Aires, Argentina.
- Sabourin, P. Les Autorités Administratives Indépendantes Dans l'Etat, en “*Les Autorités Administratives Indépendantes: Histoire d'une Institution*.” Colliard C.A. y Timsit G. (Dirs.) Pág. 46. París, France.
- Sánchez, H. (2015) “*La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia*.” Tesis Presentada y Defendida para obtener el Título de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, España.
- Santamaría, J. (1991) “*Fundamentos de Derecho Administrativo*.” Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, España.
- Terrón, D. [s.f] *Autoridades Nacionales de Reglamentación: El Caso de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones*. Ediciones Comares. Granada, España.
- Timsit, G. (1979) Les Nouveaux Modeles d'Administration, En “*Etudes et Documents*.” N° 29 (1978-1979). París, France.

Torno-Más J. (2000) La Actividad de Regulación, En “*El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI.*” Editorial Tirant Lo Blanch: Valencia, España.

Tornos-Mas, J. (1991) Comercio Interior y Exterior, en Martin-Retortillo S. (Dir.) *Derecho Administrativo Económico. Tomo II.* La Ley. Madrid. España.

Gaceta Oficial 5.980 Extraordinaria del 19 de Febrero de 2009. Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela Sometida a Enmienda N° 1 Aprobada por Referéndum Aprobatorio.

Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinaria del 17 de Noviembre de 2014. Decreto-Ley Orgánico de la Administración Pública.

Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinaria de Fecha 19 de Noviembre de 2014. Decreto-Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas.

Gaceta Oficial N° 6.155 del 19 de Noviembre de 2014. Decreto-Ley Orgánico de Bienes Públicos.

Gaceta Oficial N° 40.549 del 26 de Noviembre de 2014. Decreto-Ley de Antimonopolio.

Registro Oficial. Suplemento N° 490. Constitución de la República de Ecuador del 07 de Mayo 2011.

Julio Díaz Valez.

LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS Y LA SUSTITUTIVA *IMPROPIA* PRETENDIDA EN LA «REFORMA» DE LA ORDENANZA DEL MUNICIPIO ANGOSTURA DEL ORINOCO DE 2022

Julio Díaz Valdez

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Especialista *cum laude* en Derecho Procesal Civil. Maestrando en Filosofía (Filosofía práctica) de la UCAB. Universidad Gran Mariscal de Ayacucho (UGMA) Abogado *magna cum laude*. 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 que la declaración del impuesto sobre las actividades económicas es un acto propio del sujeto pasivo conocido como la autodeterminación de la obligación tributaria, con el objeto de dar cumplimiento al deber jurídico establecido en la ordenanza correspondiente. De modo que, cualquier modificación pretendida por la Administración Tributaria con prescindencia de los procedimientos administrativos establecidos en la Ley conculca los derechos del contribuyente.

Palabras clave: actividad económica, autodeterminación, obligación.

THE MUNICIPAL BUSINESS ACTIVITIES TAX RETURN AND THE UNLAWFULNESS OF THE AMENDED TAX RETURN INTENDED IN THE "REFORM" OF THE ANGOSTURA DEL ORINOCO MUNICIPALITY ORDINANCE OF 2022

Abstract

This paper intends to demonstrate that the Municipal Business Tax Return is self-assessment by the taxpayer, in order to comply with the legal duty established in the corresponding Local Law. Thus, any amendment intended by the Tax Administration without following the administrative procedures established in the Law violates the constitutional rights of the taxpayer.

Key words: economic activity, self-assessment, tax liability.

INTRODUCCIÓN

Los Parlamentos (Poder Legislativo), fueron creados en la Edad Media, siendo una de sus principales funciones la presupuestaria: aprobar los gastos del Estado y autorizar la exigencia de los impuestos correspondientes. Los impuestos, como conquista de las quejas de los colonos de las Trece Colonias hacia las autoridades británicas, fueron creados atendiendo a ciertos procedimientos (discusión, consulta y publicidad) establecidos en una ley. Todo esto para que no se cree más tributos sin representación *No taxation without representation*.

Esta manera de crear las leyes tributarias es una distinción básica entre la Democracia y la tiranía, entre el totalitarismo y el Estado de Derecho con separación de poderes. En los Estados Democráticos, uno de los Derechos políticos que tienen los ciudadanos es la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública. Este es uno de los medios necesarios para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo.

Lamentablemente algunas ordenanzas municipales, como la Ordenanza de «reforma» de impuesto sobre actividades económicas de industrias, comercio, servicios, o de índole similar (2022) sancionado en el Municipio Angostura del Orinoco del estado Bolívar, son incorporadas al sistema jurídico venezolano sin el debido procedimiento de discusión y consulta, lo cual de suyo subvierte los derechos de los ciudadanos en la formación de estos instrumentos jurídicos.

La Ordenanza de reforma antes referida, modifica varios aspectos sustantivos de la tributación de la actividad económica. Sin embargo, este trabajo implica uno de ellos, la declaración del impuesto sobre la actividad económica. El objeto es probar que la declaración es un acto de conocimiento y de voluntad del contribuyente, que se denomina autodeterminación de obligaciones tributarias, con el propósito de cumplir con su deber jurídico¹. Por tanto, cualquier modificación pretendida a esa declaración por parte de la Administración Tributaria

¹ El deber jurídico es una situación jurídica subjetiva de desventaja activa, en tanto que se traduce en la necesidad de efectuar un comportamiento normativamente impuesto. Freddy Escobar Rozas, «Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico» *En Derecho*, 52 (2000): 308.

Julio Díaz Valez.

con prescindencia de los procedimientos administrativos establecidos en la Ley conculca los derechos del contribuyente.

1. La Declaración del Impuesto Sobre las Actividades Económicas y la sustitutiva impropia pretendida en la «reforma» de la ordenanza del Municipio Angostura del Orinoco de 2022

En el municipio Angostura del Orinoco del Estado Bolívar, el pasado siete (7) de julio entró en vigencia la –última– reforma de la Ordenanza de impuesto sobre actividades económicas de industrias, comercio, servicios, o de índole similar. Esta «reforma» publicada en Gaceta Municipal N° 390 del 07 de junio de 2022 derogó la ordenanza publicada en la Gaceta Municipal Ordinaria n° 013 de fecha 10 de septiembre de 2020.

La reforma apuntada tiene algunas carencias respecto al procedimiento de formación de leyes y de la publicación respectiva. Por un lado, no fue objeto de consulta,² y por el otro no incluyó en la publicación en la Gaceta Municipal –Órgano Oficial de difusión del Municipio Angostura del Orinoco del Estado Bolívar–, los preceptos legales objeto de reforma³, sino que de manera directa publicó el texto completo, i.e., las normas jurídicas reformadas y las que

² Cfr., Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.908 (Extraordinaria) de fecha 19 de febrero de 2009), ex art. N° 62. // Cfr., Constitución del estado Bolívar (Gaceta Oficial del estado Bolívar (Extraordinaria) n° 90, de julio de 2001), ex art. 131 // Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial n° 6.147 (Extraordinario) de fecha 17 de noviembre de 2014), ex arts. 140 y 141; este último instrumento establece la remisión del anteproyecto a la comunidad organizada, aunado al hecho que se le debe informar a la colectividad del mismo a través del portal web de la Administración y cualquier otro medio de comunicación. // Cfr., LOAP, ex art. N° 54, numeral 1, «**El Municipio ejercerá sus competencias mediante los siguientes instrumentos jurídicos: 1. Ordenanzas:** son los actos que sanciona el Concejo Municipal para establecer normas con carácter de ley municipal, de aplicación general sobre asuntos específicos de interés local. Las ordenanzas recibirán por lo menos dos discusiones y en días diferentes, deberán ser promulgadas por el alcalde o alcaldesa y ser publicadas en la Gaceta Municipal o Distrital, según el caso, y prever, de conformidad con la ley o si lo ameritare la naturaleza de su objeto, la *vacatio legis* a partir de su publicación. **Durante el proceso de discusión y aprobación de las ordenanzas, el Concejo Municipal consultará al alcalde o alcaldesa, a los otros órganos del Municipio, a los ciudadanos y ciudadanas, a la sociedad organizada de su jurisdicción, y atenderá las opiniones por ellos emitidas. (...)**»

³ ex artículo 218 de la CRBV. Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas. // Ley de Publicaciones Oficiales (Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela n° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941), ex art. 5 «La Ley que sufra una reforma parcial deberá publicarse íntegramente con las modificaciones que hubiere sufrido, las cuales se insertarán en su texto suprimiendo los artículos reformados de manera de conservar su unidad. **Esta publicación deberá estar precedida por la de la Ley que hace la reforma.**» (negritas del autor)

Julio Díaz Valez.

quedaron incólume. El legislador sin resquicio a duda, dificultó el conocimiento los preceptos modificados.

Al respecto, en sentencia N° 2884 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recordó que:

...una ley de reforma es sólo la manifestación del órgano parlamentario de su decisión de modificar un texto previo, pero en la materia regulada, la ley que interesa realmente es la modificada, la cual, a partir de la publicación de la ley de reforma, varía en su contenido. Por ello, se exige que a continuación de las leyes de reforma se vuelva a imprimir la ley modificada, con todos los cambios. Por ello, quien pretenda impugnar la nueva norma deberá ejercer su recurso contra el texto modificado⁴.

La Ordenanza de reforma parcial, entonces, en expresión del Consejo Municipal y obediencia al artículo n° 218 de la CRBV, debe recoger e integrar en un solo texto «las modificaciones aprobadas» por la Ley de Reforma Parcial y las normas de la ley anterior no reformadas por aquella y, así debe ser remitidos al Ejecutivo Municipal a los fines de su promulgación y de su publicación en la Gaceta Municipal, en los términos que indica el artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales, i.e., en primer lugar, la Ordenanza de Reforma Parcial y, seguidamente, la Ordenanza que sea objeto de reforma parcial». Ejemplo de lo anterior es paradójicamente la Ordenanza Reformada⁵.

La *ordenanza de reforma* in comento, contiene al menos 11 modificaciones –relevantes– a las normas anteriores, las cuales se aprecian comparando la ordenanza reformada versus la ordenanza objeto de reforma, a saber:

- (i) Posibilidad jurídica que el Servicio Autónomo Municipal de la Administración Tributaria modifique la *declaración del impuesto* realizada por el contribuyente, a través de la emisión de una *declaración sustitutiva*, la cual deberá ser pagada dentro de los cinco (05) días continuos siguientes a su notificación

⁴Cfr., SC del TSJ, sentencia n° 2884 de fecha 04 de noviembre de 2003. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2884-041103-00-1245.htm>

⁵ El Concejo del Municipio Angostura del Orinoco del Estado Bolívar, cumplió con esta técnica en la Ordenanza que se derogó. Cfr. Ordenanza de Impuesto Sobre Actividades Económicas del Municipio Angostura del Orinoco (Gaceta Municipal (Ordinaria) n° 013 de fecha 10 de septiembre de 2020).

Julio Díaz Valez.

- (ii) Posibilidad jurídica de realizar *correcciones inmediatas* a las declaraciones presentadas por el contribuyente sin la instauración de los procedimientos administrativos idóneos y disponibles en la propia Ordenanza. Es decir, se faculta a la Administración Tributaria modificar la autodeterminación tributaria realizada por el contribuyente con prescindencia del procedimiento de determinación de oficio⁶.
- (iii) Posibilidad jurídica de exigir información de terceros –propia de la determinación fiscal sobre la base presuntiva⁷– en el momento que realiza la pseudo-determinación, i.e., Estados de Cuentas Bancarias sin agotar el procedimiento de determinación sobre la base cierta.
- (iv) Se extiende *el plazo* para presentar y pagar la declaración de ingresos brutos de 10 a 20 días.
- (v) Se modifica *el periodo de la licencia* de actividades económicas para equipararlo al año civil. Por lo tanto, tendrá una vigencia desde su emisión hasta el 31 de diciembre de cada año, y deberá renovarse anualmente dentro del primer trimestre.
- (vi) Se incorpora como *requisito* para la actualización o renovación de la licencia de actividades económicas: i) Solvencia Única Municipal o comprobantes de cancelación de todas las obligaciones tributarias, ii) Copia de la Licencia de Actividades Económicas del Periodo Anterior, iii) Fecha de inscripción en el Registro de Información fiscal (RIF).

No fueron incluidas en la nueva redacción de la norma las *exenciones de pago* del Impuesto, aquellas actividades económicas realizadas por: i) Los vendedores ambulantes de

⁶ «(...) el procedimiento de determinación tributaria que de oficio realiza la Administración tributaria, está previsto para aquellos casos en que ésta, haciendo uso de la facultad que le concede la ley, sustituye o complementa la determinación que debió realizar el contribuyente o responsable (autodeterminación) y que este no hizo o la hizo insuficientemente». Salvador Sánchez González, *El procedimiento de Fiscalización y Determinación de la Obligación Tributaria* (Caracas: Editorial Torino, 2005), 35.

⁷ El procedimiento administrativo que se realiza bajo este sistema de determinación sobre la base presuntiva solo es procedente cuando la administración tributaria no disponga de los elementos que permitan conocer de manera directa los hechos imponibles. Cfr., SPA del TSJ, sentencia n° 00581 de fecha 22 de abril de 2003, Caso: PABLO ELECTRONICA, C.A.

Julio Díaz Valez.

diarios, revistas y libros, ii) Las personas minusválidas o con discapacidad aunque estas sean eventuales, iii) Las Fundaciones y Asociaciones sin fines de lucro aun cuando los ingresos obtenidos sean utilizados para el cumplimiento de sus objetivos y no se reparta entre sus miembros, iv) Los profesionales de naturaleza civil, v) Los Servicios de educación prestados en los niveles educativos previstos por la Ley de Educación.

Además, se incorpora como *exoneraciones* del impuesto hasta el 75% del causado establecido en esta Ordenanza: Los Servicios de educación prestados en los niveles educativos previstos por la Ley de Educación. Asimismo, se adiciona a la figura de *desacato*, la omisión en la aplicación del tipo de cambio oficial establecido por el Banco Central de Venezuela, por la venta de un bien o el cobro de un servicio, cuyo ilícito será sancionado con multa de dos Petros (2 PTRS.), y con cierre temporal del establecimiento respectivo de hasta cinco (5) días hábiles. La reincidencia será penada con el doble de la sanción impuesta.

También se incorpora como obligación a *las entidades financieras* establecidas en jurisdicción del Municipio Angostura del Orinoco: 1. la exigencia de la licencia de actividades económicas para abrir cuentas bancarias que tengan asociados puntos de ventas; y 2. la remisión mensual de una relación (detallada) de las cuentas bancarias abiertas al Servicio Autónomo de la Administración Tributaria. Finalmente, se incrementaron las alícuotas en la mayoría de las actividades económicas.

Ahora bien, no obstante, la relevancia de las modificaciones señaladas, este trabajo estará circunscrito a la declaración del impuesto sobre las actividades económicas y la sustitutiva *impropia* pretendida en la «reforma» de la ordenanza del municipio Angostura del Orinoco de 2022⁸.

2. El Impuesto Sobre las Actividades Económicas (IAE).

El ISAE 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

⁸ Publicada en Gaceta Municipal N° 390 del 07 de junio de 2022

Julio Díaz Valez.

vinculadas con el territorio del municipio por aplicación de los factores de conexión pertinentes, que en el caso de las actividades industriales y comerciales implican la existencia de un establecimiento permanente⁹.

La *base imponible* para la determinación y liquidación del referido impuesto, está conformada por los *ingresos brutos* –efectivamente percibidos¹⁰– obtenidos por el ejercicio de las actividades industriales, comerciales o económicas de naturaleza similar que se desarrollen en el ámbito territorial del municipio, o que por su índole se consideren ejercidas en dicha jurisdicción.

El ISAE se caracteriza por ser *directo, real, periódico y territorial*. Es un impuesto *directo* 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.).¹¹

Es *real* porque para su cuantificación se toma en cuenta sólo la actividad que los sujetos pasivos ejercen habitualmente, sin atender a las condiciones subjetivas de los contribuyentes para la fijación de la base imponible ni de la alícuota.

⁹ Cfr. Ley Orgánica del Poder Público Municipal (Gaceta Oficial n° 6.015 de fecha 28 de diciembre de 2010), ex artículo n° 218.—Se entiende por establecimiento permanente una sucursal, oficina, fábrica, taller, instalación, almacén, tienda, obra en construcción, instalación o montaje, centro de actividades, minas, canteras, instalaciones y pozos petroleros, bienes inmuebles ubicados en la jurisdicción; el suministro de servicios a través de máquinas y otros elementos instalados en el Municipio o por empleados o personal contratado para tal fin, las agencias, representaciones de mandantes ubicadas en el extranjero, sucursales y demás lugares de trabajo mediante los cuales se ejecute la actividad, en jurisdicción del Municipio. Las instalaciones permanentes construidas para la carga y descarga ordinaria y habitual en embarcaciones con destino a los trabajos o servicios a ser prestados en el mar territorial o en otros territorios pertenecientes a una entidad federal pero no ubicados dentro de una jurisdicción municipal determinada, se consideran establecimientos permanentes de quienes los empleen para la prestación de tales servicios.

¹⁰ Cfr., SPA del TSJ, sentencia n° 01442 de fecha 8 de octubre de 2009, Caso: BANCO PLAZA, C.A. «...para calcular la base imponible sobre la cual debe aplicarse la alícuota del impuesto a las actividades económicas, es determinante que el “ingreso bruto” esté efectivamente recibido en el período impositivo correspondiente». <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Octubre/01442-81009-2009-2007-0194.html>

¹¹ Gabriel Ruan Santos, «Medidas tributarias expropiatorias», *Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)*, (2010): 33.

Julio Díaz Valez.

Es un *tributo periódico* porque su determinación se verifica a través de una alícuota fija aplicada a los ingresos brutos efectivamente percibidos de la actividad que se declara mensualmente.

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 contribuyente sea sujeto pasivo del aludido tributo, debe existir una conexión entre el territorio del municipio exactor y los elementos objetivos condicionantes del impuesto, esto es, el lugar de la fuente productora y la capacidad contributiva sobre la que recaerá el tributo¹².

Por su parte, el hecho imponible, según la ley es *el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo, y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria*¹³. Es decir, este hecho revela un índice de capacidad contributiva¹⁴

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), por su parte señala en el artículo 05 que el *hecho imponible* del ISAE, «... es el ejercicio habitual, en la jurisdicción del Municipio, de cualquier actividad lucrativa de carácter independiente. (...)» y así lo ha reconocido la Sala Político Administrativa (SPA) del TSJ¹⁵

¹² Cfr., SPA del TSJ, sentencia n° 00473 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>

¹³ Cfr. Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial n° 6.507 (Extraordinario) de fecha 29 de enero de 2020), artículo 36.

¹⁴ Cfr., SC del TSJ, sentencia n° 301 de fecha 27 de febrero de 2007. «el hecho imponible es el presupuesto fáctico de relevancia económica (en cuanto revela un índice de capacidad contributiva) cuya realización -en principio- da lugar al nacimiento de la obligación tributaria; la base imponible es la concreción cuantificada en un determinado sujeto pasivo de aquella manifestación riqueza» <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/301-270207-01-2862.HTM> // Dino Jarach, *El hecho imponible, teoría general del Derecho Tributario Sustantivo*, (Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 2011), 73, señala que: «Por voluntad de la ley la obligación del contribuyente y la pretensión correlativa del Fisco se hacen depender del verificarse de un hecho jurídico, el titulado presupuesto legal del tributo, o hecho imponible».

¹⁵ Cfr., SPA del TSJ, sentencia n° 00043 de fecha 19 de enero de 2011, Caso: Banco de Venezuela. «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». <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00043-19111-2011-2010-0016.HTML>

Julio Díaz Valez.

De igual manera, el Municipio autónomo Angostura del Orinoco, estableció en la Ordenanza del ISAE que el hecho imponible es, el ejercicio habitual¹⁶, en o desde el municipio Angostura del Orinoco, de cualquier actividad lucrativa de carácter independiente.¹⁷

En sintonía con lo antes señalado, la LOPPM excluyó de la base imponible siete (7) rubros que, aun cuando son ingresos brutos, gozan de inmunidad tributaria porque no guardan relación directa con la actividad lucrativa gravada o no constituyen manifestación de capacidad contributiva del sujeto pasivo¹⁸.

Sin embargo, contrario a lo establecido en la LOPPM¹⁹ –que establece la derogatoria de todas las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales que la contravengan–, lamentablemente existen ordenanzas y/o funcionarios encargados de la recaudación que consideran gravables los ingresos excluidos de la base imponible por disposición de la LOPPM, violando en consecuencia los principios constitucionales de legalidad y el de capacidad contributiva, entre otros.

En efecto, establece el artículo 214 de LOPPM, que no forman parte de la base imponible: 1. El Impuesto al Valor Agregado, 2. Los subsidios o beneficios fiscales similares obtenidos del Poder Nacional o Estatal. 3. Los ajustes meramente contables en el valor de los

¹⁶ SPA del TSJ, sentencia n° 00649 de fecha 20 de mayo de 2009, Caso: Sociedad mercantil Corporación Inlaca, C.A., versus la resolución identificada con las letras y números DA/ 1762/05 de fecha 11 de julio de 2005, dictada por el Alcalde del municipio Valencia del estado Carabobo, de fecha 20 de mayo de 2009. «... **El carácter habitual** de la actividad que desarrolla el contribuyente en el municipio de que se trate, ostenta un carácter predominante a los efectos del impuesto objeto de análisis, ya que **los proventos que puedan generar determinadas actividades aisladas o casuísticas, no podrán ser gravadas por el referido tributo por no estar conectadas con el giro comercial, industrial o de servicios para el que se encuentra autorizado un contribuyente en un determinado** ente local, en relación directa con el clasificador de actividades que contienen las Ordenanzas reguladoras del tributo.» <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00649-20509-2009-2007-0653.HTML> // Cfr., SC del TSJ, sentencia n° 1115 de fecha 10 de julio de 2008, Caso: Comercializadora Snacks, S.R.L. «...los entes locales lo relevante es el ejercicio de actividad lucrativa dentro de su jurisdicción, a fin de exigir parte de los ingresos brutos, ya que el Municipio en el que se asienta una actividad que reporta ganancias a quien la hace, debe tener derecho a participar en las mismas y, con el producto de lo recaudado, emprender obras o prestar servicios útiles a la comunidad. Por eso, todo Municipio tiene interés en fomentar la actividad económica en su territorio, sabiendo que así obtendrá también el beneficio correspondiente, que deberá trasladar a la sociedad (Vid. Sentencia de esta Sala N° 59/2004).» <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1115-100708-08-0502.HTM>

¹⁷ OISAE (2022), artículo n° 4.

¹⁸ ex art. 214 de la LOPPM

¹⁹ Cfr., *Disposición denegatoria única de la LOPPM, 2010.*

Julio Díaz Valez.

activos 4. El producto de la enajenación de bienes integrantes del activo fijo de las empresas 5. El producto de la enajenación de un fondo de comercio 6. Las cantidades recibidas de empresas de seguro o reaseguro como indemnización por siniestros 7. El ingreso bruto atribuido a otros municipios.

La situación anterior de lejos demuestra que dada la naturaleza y características del ISAE, es muy complejo y laborioso para que la Administración Tributaria proponga al sujeto obligado la modificación (corrección) de la declaración del impuesto con base en la realidad de los hechos, y menos que esta corrección se lleve a cabo de manera inmediata. Por lo tanto, lo legal, correcto y razonable es que la Administración Tributaria en uso de sus facultades instaure el procedimiento administrativo de fiscalización²⁰ para declarar la existencia y cuantía de la obligación. Además, así se garantiza la defensa del contribuyente frente a expresiones falsas o ilegales de la administración pública. El autor volverá sobre esto más adelante.

3. La declaración según la Ordenanza de ISAE en el Municipio Angostura del Orinoco del estado Bolívar.

La declaración tributaria es un acto del contribuyente dirigido a la administración Tributaria competente para recaudar el impuesto. Su recepción –por parte de los funcionarios de la administración– no puede estar limitada por razones de tiempo²¹ ni condicionada,²² salvo la advertencia a los interesados de las omisiones e irregularidades de que estas adolezcan.

La declaración es un acto que manifiesta el *saber* y la *voluntad* de cumplir una obligación, sin eficacia definitiva de la obligación sustancial. Por tanto, es un acto del

²⁰ SPA del TSJ, sentencia n° 123 de fecha 29 de enero de 2009, Caso: Zaramella & Pavan Construction Company, S.A. «...el procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación tributaria es el instrumento por medio del cual la administración tributaria, de oficio procede a declarar la existencia y cuantía de la obligación tributaria o su inexistencia...». <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00123-29109-2009-2007-0815.HTML>

²¹ Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario de la Región Capital, sentencia de fecha 8 de mayo de 2001, Caso: Rustiaco Caracas, S.A.

²² Cfr., Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial n° 2.818 (Extraordinaria) de fecha 1° de julio de 1981), ex art. 45°, «Los funcionarios del registro que reciban la documentación advertirán a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen, pero sin que puedan negarse a recibirla».

Julio Díaz Valez.

contribuyente²³ y está establecido como *deber formal* –de los contribuyentes y responsables– tanto en el Código Orgánico Tributario²⁴ como en la última reforma de la Ordenanza del Impuesto sobre Actividades Económicas²⁵.

El Código orgánico tributario (COT), del año 2020, el cual es el instrumento jurídico de aplicación supletoria en estos casos, dispone que las declaraciones o manifestaciones que se formulen presumen fiel reflejo de la verdad. –Está revestida de la presunción legal relativa (*presunción iuris tantum*) de veracidad– y comprometen la responsabilidad de quienes las suscriban y se tendrán como definitivas aun cuando podrán ser modificadas espontáneamente.

La administración tributaria para constatar la veracidad de las declaraciones y en todo caso, determinar la procedencia o no de la obligación tributaria, deberá crear el procedimiento de fiscalización y determinación²⁶. El resultado del procedimiento producirá una resolución (acto administrativo), donde se señalará en forma circunstanciada el ilícito que se imputa y se aplicará la sanción pecuniaria que corresponda. Aunado a lo anterior, la resolución a los fines de lograr su eficacia deberá ser notificada²⁷. Sin el cumplimiento del procedimiento administrativo, no puede legalmente la Administración modificar la declaración del contribuyente.

La declaración del ISAE en el municipio Angostura del Orinoco, está regulada en la Ordenanza, en el título VII intitulado «De la Declaración, Determinación, Liquidación y Pago del Impuesto», contenido del artículo n° 17 a saber:

Artículo 17: La Declaración de Ingresos Brutos reflejará todas las actividades económicas que realice el o la contribuyente o responsable en jurisdicción del

²³ ex art. 17 de la OISAE (2022) «La Declaración de Ingresos Brutos reflejará todas las actividades económicas que realice el o la contribuyente o responsable en jurisdicción del Municipio Angostura del Orinoco (...)»

²⁴ Cfr., COT (2020), artículo n° 103, «Constituyen ilícitos tributarios formales relacionados con el deber de presentar declaraciones y comunicaciones: 1. No presentar las declaraciones o presentarlas con un retraso superior a un (1) año. (...)» .

²⁵ Cfr., OISAE (2022), artículo n° 21, «Los sujetos pasivos a que se refiere esta Ordenanza, deberán presentar y pagar la Declaración de Ingresos Brutos del período correspondiente, dentro de los veinte (20) días continuos del mes siguiente».

²⁶ ex artículo 157 del COT, 2020 // Cfr., ex art. 23 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (Gaceta Oficial n° 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014).

²⁷ Cfr., COT (2020), artículo n° 171.

Julio Díaz Valez.

Municipio Angostura del Orinoco, independientemente que se encuentren autorizadas o no. (...)

Esta disposición constituye un reconocimiento de que la declaración es un *deber* del contribuyente, un acto de voluntad y de conocimiento, dado que es el propio sujeto pasivo el que en principio sabe que operaciones realizó y cuáles de ellas –a los fines del ISAE– son gravables en este municipio.

Sin embargo, el mismo artículo establece una especie de *pseudo-procedimiento*, que, dado sus particularidades, contraría los derechos garantizados en la Constitución y la ley. Señala la disposición que –si lo estima conveniente– el funcionario podrá *examinar, investigar, requerir*: libros y documentos para verificar la exactitud de la declaración y consecuentemente *corregirla de manera inmediata*, pero –como se aprecia en el párrafo segundo del mismo artículo– prescindiendo del procedimiento administrativo de determinación.

Artículo 17. Párrafo primero: Efectuada la declaración y pago del impuesto por parte del sujeto pasivo, el Servicio Autónomo Municipal de la Administración Tributaria, si lo estimare conveniente, *examinará* las declaraciones, realizará *investigaciones* y podrá *pedir la exhibición de los libros y de los comprobantes del contribuyente o responsable*, para verificar la exactitud de los datos suministrados o la sinceridad de las actividades realizadas y los ingresos declarados. Si se comprobare que el sujeto pasivo declaró y pagó menos impuestos a los realmente causados, **el Servicio Autónomo Municipal de la Administración Tributaria, procederá a emitir la declaración sustitutiva correspondiente** y a expedir la planilla de liquidación complementaria, la cual deberá ser pagada dentro de los cinco (05) días continuos siguientes a su notificación, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a que hubiere lugar. (Resaltado del autor)

Entonces, como se puede inferir del artículo antes transcrito, el Servicio Autónomo Municipal de la administración Tributaria (SAMATH), podrá realizar un *examen*, una *investigación* y además *requerir* de cualquier documento con el objetivo de verificar la exactitud de la declaración realizada por el contribuyente, prescindiendo –como se evidencia en el párrafo segundo del mismo artículo– del procedimiento administrativo previsto en la

Julio Díaz Valez.

Ordenanza de ISAE (2022)²⁸ y el COT (2020)²⁹ por tanto, sin la autorización (providencia Administrativa)³⁰. Pero, es que además, ese parágrafo *in comento*, contempla una irracional facultad al SAMATH, al establecer que «el Servicio Autónomo Municipal de la Administración Tributaria, procederá a emitir la declaración sustitutiva correspondiente».

La disposición jurídica así creada, posibilita en la práctica, que aquellos «funcionarios» con fines de realizar recaudación voraz, se decanten por este *pseudo* procedimiento en vez de aquellos establecidos tanto en el COT como en la propia Ordenanza de ISAE, 2020, que por un lado evitan los *actos y lapsos* propios del cauce formal de un procedimiento *contradictorio*,

²⁸ ex artículo 79, «Cuando de la fiscalización practicada, resultare que un sujeto pasivo no ha efectuado las declaraciones a que está obligado por ésta Ordenanza, **cuando las mismas no contengan los datos exigidos por ellas, cuando sus datos no corresponden con los que aparezcan en la contabilidad, cuando no exhiban los libros y documentos respectivos, o no ha pagado los impuestos correspondientes, o surgieren indicios de que ha declarado una base imponible menor de la obtenida realmente, o ha realizado actividades a cuya base imponible sea de una alícuota mayor, o ha incumplido en cualquier forma a las obligaciones que le impone esta Ordenanza, el funcionario fiscal competente iniciará el procedimiento de determinación de impuestos, accesorios y multas**, de todo lo cual se dejará constancia en la respectiva Acta de Reparación, (...)» en la cual se indicará lo siguiente: a. Lugar y fecha de emisión. b. Identificación del contribuyente o responsable. c. Indicación del tributo, alcance de la verificación, documentación analizada, períodos fiscales correspondientes y, en su caso, los elementos fiscalizados de la base imponible, e identificación de las actividades del sujeto pasivo dentro del Clasificador de Actividades Económicas. d. Hechos u omisiones constatados y métodos aplicados en la fiscalización. e. Discriminación de los montos por concepto de tributos a los únicos efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 185 del Código Orgánico Tributario. f. Elementos que presupongan la existencia de ilícitos sancionados con pena privativa de libertad, si los hubiere. g. Firma autógrafa, firma electrónica u otro medio de autenticación del funcionario autorizado. h. **Señalamiento del plazo para formular los descargos correspondientes**. i. El Acta de Reparación se notificará al contribuyente o responsable por alguno de los medios contemplados en el Código Orgánico Tributario. El Acta de Reparación hará de plena fe mientras no se pruebe lo contrario.

²⁹ ex artículo n° 187, «Cuando la Administración Tributaria fiscalice el cumplimiento de las obligaciones tributarias, o la procedencia de las devoluciones otorgadas conforme a lo previsto en la Sección Octava de este Capítulo o en las leyes y demás normas de carácter tributario, así como cuando proceda a la determinación a que se refieren los artículos 141, 142 y 143 de este Código, y, en su caso, aplique las sanciones correspondientes, se sujetará al procedimiento previsto en esta Sección.»

³⁰ COT (2020), artículo n° 188, «Toda fiscalización, a excepción de lo previsto en el artículo 190 de este Código, se iniciará con una providencia de la Administración Tributaria del domicilio del sujeto pasivo, en la que se indicará con toda precisión el contribuyente o responsable, tributos, períodos y, en su caso, los elementos constitutivos de la base imponible a fiscalizar, identificación de los funcionarios actuantes, así como cualquier otra información que permita individualizar las actuaciones fiscales. La providencia a la que se refiere el encabezamiento de este artículo deberá notificarse al contribuyente o responsable, y autorizará a los funcionarios de la Administración Tributaria en ella señalados al ejercicio de las facultades de fiscalización previstas en este Código y demás disposiciones de carácter tributario, sin que pueda exigirse el cumplimiento de requisitos adicionales para la validez de su actuación.»

Julio Díaz Valez.

legítimo y válido³¹ y por el otro proscribire el derecho que tiene el contribuyente de contradecir la falsa-determinación realizada por el Servicio Autónomo Municipal de la Administración Tributaria, bajo la figura de una *declaración sustitutiva*, que no es otra cosa, que una declaración impropia, ya que es emitida por ellos mismos; todo esto en franca violación a las disposiciones establecidas en los artículos 26 y 49 de la CRBV³².

En efecto, la violación de los derechos y garantías antes delatados alcanza su máxima expresión con el precepto establecido en el segundo párrafo del artículo 17 de dicha Ordenanza establece:

PARÁGRAFO SEGUNDO: Los datos suministrados en las planillas de declaración de ISLR o planillas de declaración de IVA presentadas por el contribuyente, solo se considerarán como un indicador y que podrán servir de base para el cálculo y fijación provisional del impuesto a pagar, y para la determinación de la capacidad contributiva del contribuyente en el lapso que se declaró. Si los datos suministrados por el contribuyente en la declaración, difiere de lo establecido en esta ordenanza, *El Servicio Autónomo Municipal de la Administración Tributaria o los funcionarios que esta designe procederá a la corrección inmediata.* (Resaltado por el autor)

³¹ Cfr., Luis Fraga-Pittauga, *La defensa del Contribuyente* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2021), 82. «El procedimiento administrativo pretende garantizar que el poder inmanente en toda potestad administrativa, no se ejerza de cualquier forma, en cualquier momento y en cualquier lugar, según el libre -y abusivo- arbitrio del funcionario de turno, sino cumpliendo unas formalidades previamente definidas por la ley, que propenden a que la actividad administrativa se desenvuelva de acuerdo con 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 como lo exige el artículo 141 de la Constitución y lo desarrolla, in extenso, la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos».

³² Cfr., SC del TSJ, sentencia n° 1316 de fecha 8 de octubre de 2013, Caso: Osmar Buitrago Rodríguez y Clemente José Quintero Rojo, «...a partir del momento en que se dicta un acto administrativo **írrito en ausencia absoluta de procedimiento y sin la participación del administrado cuando a éste no se le ha emplazado, genera una vulneración constitucional del derecho a la defensa y al debido proceso en los términos establecidos en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; determinando una inmediata contravención a la norma fundamental que no puede ser reparada mediante intervenciones posteriores del propio afectado.** Su obligatoria y tardía intervención por razones ajenas a su voluntad no pueden modificar, de modo alguno, ese daño que previamente se le ha ocasionado, tanto por la ausencia forzada de defensa como por la consecuencia derivada de los efectos perniciosos de un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad desde el primer momento de su promulgación cuya nulidad absoluta se encuentra prevista en el referido artículo 19.4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.» <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/157249-1316-81013-2013-12-0481.HTML>

Julio Díaz Valez.

Cabe destacar que el párrafo único del artículo 51 de la Ordenanza de ISAE (2009)³³ tenía el mismo contenido que el párrafo mencionado anteriormente, pero debido a su contrariedad a derecho y violación a los principios constitucionales tributarios (como son debido proceso y el derecho a la defensa), fue muy cuestionado por las instituciones y los profesionales del área. La norma estaba redactada así:

PARÁGRAFO ÚNICO: Los datos suministrados en la declaración anual por el contribuyente, solo se considerarán como un indicador y que podrán servir de base para el cálculo y fijación provisional del impuesto a pagar del año siguiente, y para la determinación de la capacidad contributiva del contribuyente en el lapso que declaro, a los fines de calcular el ajuste impositivo anual. Si los datos suministrados por el contribuyente en la declaración anual, difiere del procedimiento establecido en esta ordenanza, la administración tributaria o los funcionarios que esta designe, **procederá a la corrección inmediata.** (Resaltado del autor)

Es decir, el segundo párrafo del artículo n° 17 de la Ordenanza de ISAE, 2022, constituye una *reedición* del párrafo único del artículo 51 de la Ordenanza de ISAE (2009), reanima el conflicto entre los sujetos de la relación tributaria en el Municipio.

El párrafo único del artículo 51 de la Ordenanza de ISAE (2009), y otros, fue objeto de una acción popular de nulidad, dado que, si el «funcionario» representante del órgano exactor del tributo –a su juicio–, corrige o modificaba –de manera inmediata– la declaración de ingresos brutos–, se imponía la voluntad del «funcionario» sin que la obligación haya sido determinada conforme con los procedimientos administrativos establecidos en la ley y en la Ordenanza

Así, la Administración Tributaria Municipal, subvertía el debido proceso³⁴ y se menoscaba el legítimo derecho a la defensa, que está garantizado en el CRBV en el artículo n°

³³ Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Heres del Estado Bolívar (Gaceta Municipal (Extraordinaria) n° 0328 de fecha 23 de noviembre de 2009.

³⁴ Cfr., SPA del TSJ, sentencia n° 20 de fecha 4 de marzo de 2021. «...el derecho al debido proceso conjuntamente con el derecho a la defensa, constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos, por tal razón, no puede la Administración, en uso de su potestad sancionatoria, actuar con carácter meramente discrecional, sin observar los procedimientos establecidos normativamente. En otras palabras, no puede actuar sin la necesaria observancia de los principios constitucionales relacionados al debido

Julio Díaz Valez.

49. El contribuyente está en plena indefinición, pues no cuenta con oportunidad para ejercer descargos³⁵ o de alguna manera hacer uso de los mecanismos de defensa a los cuales tiene derechos.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, la *declaración impropia*, i.e., realizada por la Administración, puede ocasionar además que el contribuyente sea objeto de sanciones³⁶ y estas también sin la mediación del procedimiento debido (sanciones de plano³⁷). Por lo que es *menester* recordar que, la calificación de una conducta como ilícito y la correspondiente sanción requieren la constatación de los hechos por parte de la autoridad administrativa, a través de *procedimientos administrativos sancionatorios* y así lo ha dejado sentado la SPA del TSJ³⁸, al establecer que: «...la determinación del ilícito y la correspondiente sanción, requiere la verificación de la ocurrencia de los hechos por parte de la autoridad administrativa, por ser quien tiene la carga de la prueba en los procedimientos administrativos sancionatorios.»

De vuelta con la declaración sustitutiva impropia, es importante señalar que la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en la apuntada acción de nulidad

proceso y a la defensa, pues ello implicaría un total menoscabo a dichos derechos, y una contravención a los postulados y principios del Estado Social de Derecho y de Justicia. En efecto, la Ley le confiere a la Administración la potestad para imponer sanciones, pero para ello, tal como se señaló, la Constitución consagra el derecho al debido proceso tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, máxime si éstas son expresiones del ejercicio de la potestad sancionatoria, siendo el procedimiento una condición de suma importancia a los fines de imponer sanciones disciplinarias. Es por ello, que **el procedimiento sancionatorio constituye una verdadera garantía para el pleno ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución**, pues implica la participación efectiva de los interesados en la defensa de sus derechos, la cual encuentra concreción en la estructura misma del procedimiento, es decir, en sus fases de acceso al expediente, alegatos, pruebas e informes. (negritas del autor). <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/311368-00020-4321-2021-2017-0651.HTML>

³⁵ Cfr., COT (2020), artículo n° 198. —Vencido el plazo establecido en el artículo 195 de este Código, sin que el contribuyente o responsable procediera de acuerdo con lo previsto en dicho artículo, se dará por iniciada la instrucción del sumario teniendo el afectado un plazo de veinticinco (25) días hábiles para formular los descargos y promover la totalidad de las pruebas para su defensa...

³⁶ Cfr., Artículo n° 17. Parágrafo primero de la OISAE, 2022.

³⁷ Las sanciones de plano, están prohibida en los sistemas de normas positivas debido a las garantías procesales o «principios de legalidad procesal», exigen procedimientos previos de tramitación para imponer efectivamente las sanciones administrativas. Cfr., José Peña Solís. *La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana*. Tribunal Supremo de Justicia Colección Estudios Jurídicos n° 10. Caracas: 2005.p. 392

³⁸ Cfr., SPA del TSJ, sentencia n° 00929 de fecha 3 de agosto de 2017. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) apela de la sentencia de fecha 15/04/2015, dictada por el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con motivo del recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad mercantil Mallas del Centro Mallacentro, C.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/201939-00929-3817-2017-2015-0814.HTML>

Julio Díaz Valez.

interpuesta respecto a la disposición re-editada de manera muy similar en el segundo párrafo del artículo n° 17 de la Ordenanza de ISAE, 2022, en principio— señaló que esta *corrección inmediata* realizada o impuesta al contribuyente, escapaba de sus competencias, porque para las actuaciones materiales de la Administración Tributaria, el contribuyente *dispone de los mecanismos judiciales ordinarios para controlar la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública*³⁹. Pero, advirtió (en referencia al artículo 51), la diferencia existente entre las deficiencias en cuanto al procedimiento y otra es el *elemento sustantivo* (como puede ser la base imponible). Esta es la base en la que se sustenta la interpretación de la Sala:

... debe acotarse que el artículo 51 en su párrafo único cuando se consagra la corrección inmediata se refiere a la deficiencia en cuanto al procedimiento establecido en la Ordenanza y no al elemento sustantivo del mismo, el cual se genera a través de un acta de reparo, que está regulado su procedimiento en los artículos 84 y siguientes de la Ordenanza, razón por la cual, a diferencia de lo indicado por éste la norma impugnada es clara cuando se refiere a elementos procedimentales sobre la determinación del tributo y no a la fiscalización cuantitativa del tributo, cuando expone: “(...) Si los datos suministrados por el contribuyente en la declaración anual, difiere del procedimiento establecido en esta ordenanza, la administración tributaria o los funcionarios que esta designe, procederá a la corrección inmediata” (Subrayado de la Sala).

De esta manera, se aprecia que el ser la divergencia sobre un elemento procedimental en cuanto a la determinación del tributo, éste puede ser corregido de manera inmediata por el funcionario instructor respectivo, y de considerar violados o amenazados sus derechos constitucionales, el contribuyente puede ejercer los recursos administrativos pertinentes o la acción contencioso tributaria respectiva ante el órgano jurisdiccional competente conjuntamente con el amplio catálogo de medidas cautelares disponibles a los administrados.

Sin embargo, esta parte de la sentencia, resultó —al inicio— de difícil comprensión por parte de la administración tributaria municipal, a pesar de que claramente la SC del TSJ deja establecido que la administración tributaria sí puede realizar *correcciones de manera inmediata*, en tanto y en cuanto estas se refieran a errores u omisiones de carácter procedimentales, porque, las modificaciones **al elemento**

³⁹ SC del TSJ, sentencia n° 278 de fecha 29 de abril 2014, Caso: Julio César Díaz y otros, versus Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Heres del estado Bolívar, publicada en la Gaceta Municipal Extraordinaria n.° 0328 del 23 de noviembre de 2009. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163350-278-29414-2014-11-0038.HTML>

sustantivo llamado también el hecho imponible⁴⁰, deben ventilarse a través de un procedimiento que finaliza con el acta de reparo, el cual estaba regulado en los artículos 79⁴¹ y siguientes de la Ordenanza objeto de acción popular de nulidad y en los arts. 187 al 193⁴² del COT-2014⁴³. (Resaltado del autor)

En la sentencia de la SC del TSJ N° 278 que se comenta, la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán salvó su voto por considerar que en ellas existen falencias con respecto al párrafo único del artículo 51 de la referida Ordenanza y señaló que esta normativa debió ser anulada, por ser excesivamente invasiva de los derechos constitucionales de los contribuyentes. Ahora bien, dado su relevancia y pertinencia a continuación se transcribe en extenso el voto salvado.

... la Ordenanza objeto de impugnación tiene serias deficiencias con respecto a la forma como se practica el cómputo del impuesto, por cuanto la normativa permite prescindir de las informaciones presentadas por el contribuyente, fungiendo las mismas como un mero indicativo para la estimación de la base imponible.

A modo de ejemplo, el Código Orgánico Tributario –que si bien es de aplicación supletoria para los Estados y Municipios- delimita correctamente (arts. 130 y ss. [hoy arts. 140 y ss]) la modalidad del cálculo del impuesto en atención a las denominadas base cierta y base presuntiva. Se hace esta acotación por cuanto en materia tributaria general el cálculo sobre base presunta solamente procede cuando

⁴⁰ Dino Jarach. *El hecho Imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo* 2011, 16, «...conjunto de normas jurídicas que disciplinan el tributo y las relaciones jurídicas accesorias, es decir, que lógicamente se vinculan al tributo»

⁴¹ Artículo 79: Cuando de la fiscalización practicada, resultare que un sujeto pasivo no ha efectuado las declaraciones a que está obligado por ésta Ordenanza, cuando las mismas **no contengan los datos exigidos por ellas, cuando sus datos no corresponden con los que aparezcan en la contabilidad**, cuando no exhiban los libros y documentos respectivos, o no ha pagado los impuestos correspondientes, **o surgieren indicios de que ha declarado una base imponible menor de la obtenida realmente**, o ha realizado actividades a cuya base imponible sea de una alícuota mayor, o ha incumplido en cualquier forma a las obligaciones que le impone esta Ordenanza, **el funcionario fiscal competente iniciará el procedimiento de determinación de impuestos**, accesorios y multas, de todo lo cual se dejará constancia en la respectiva Acta de Reparación...”

⁴² Cfr., COT (2020), artículo n° 193. —Finalizada la fiscalización se levantará un Acta de Reparación...»// Cfr., SPA del TSJ, sentencia n° 01368 de fecha 01 de agosto de 2007, Caso: Corporación Eurocars, C.A., que señaló: «...Tal exigencia consiste, y así lo ha sostenido innumerable jurisprudencia de esta Máxima Instancia, en la necesidad de que los **actos que la Administración emita deberán señalar, en cada caso, el fundamento expreso de la determinación de los hechos que dan lugar a la decisión, de manera que el administrado pueda conocer en forma clara y precisa las razones fácticas y jurídicas que originaron tal acto, permitiéndole oponer las razones que crea pertinentes a fin de ejercer su derecho a la defensa**. Serán inmotivados los actos administrativos, en aquellos casos en los cuales los interesados quedan impedidos para conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron las bases o motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión.»

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01368-1807-2007-2006-1102.HTML>

⁴³ ex artículos nros. 187 al 193 del COT-2020.

el contribuyente, de manera artera o involuntaria, oculta datos de información para la determinación del monto del pago.

En el presente caso, no se comparte el contenido del párrafo único del artículo 51, por establecer que, independientemente de la información suministrada por el contribuyente, el Municipio elaborará su propia determinación (“...los datos suministrados en la declaración anual por el contribuyente, solo se considerarán como un indicador y que podrán servir de base para el cálculo y fijación provisional del impuesto a pagar del año siguiente...”), esta preposición normativa es fallida constitucionalmente toda vez que el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el único que puede, dentro de su margen de libertad, determinar cuál es su verdadero ingreso bruto (entendido como base imponible) lo que abarca tanto el total de lo obtenido, como el procedimiento a partir de la cual, dicho resultado arroja posteriormente el pago del impuesto.

No puede el Fisco local implementar una norma que decida libremente si la cantidad definitiva arrojada por el sujeto pasivo, y los mecanismos para computarla, son correctos o no para así luego proceder a modificar cualquier aspecto de la declaración que éste aporta para fijar una cantidad a sufragar en los términos que ella misma considere. Solo cuando existen discrepancias, la Administración Fiscal sí tiene el derecho de llevar a cabo (sic) el procedimiento de fiscalización (en el cual el administrado podrá defenderse presentado todas las documentaciones en las que sostiene haber cumplido cabalmente con todos los aspectos del tributo), donde analizará si hubo estricto apego a las normas contables (aquellas relacionadas con la procedimentalización para el cálculo del impuesto), así como de los resultados obtenidos, siendo la última decisión la que es factiblemente analizable en el contencioso tributario.

En opinión de quien suscribe el presente voto, el Fisco local no puede constreñir a priori la manera como el administrado determine el tributo, objetándole y rechazándole la declaración sobre la cual procede al pago. Establecer un impedimento de esta índole generaría indirectamente –así sea por un cuestionamiento procedimental en la estimación- que deba “pagar primero y reclamar después” (solve et repete), tan cuestionado en la doctrina fiscal.

El criterio establecido en el fallo también incurre en otra deficiencia al concluir que los únicos aspectos que puede el Fisco local cuestionar y refrenar el sufragio del tributo es cuando se presente inconexidades de índole procedimental por cuanto las mismas no inciden en los otros aspectos del impuesto. Resulta lógico indicar, que si se cuestiona el procedimiento de determinación bajo las normas contables, el efecto inmediatamente posterior es un cambio matemático de la cantidad a pagar, siendo un elemento que el Fisco no puede modificar directamente, sino que debe realizar los procedimientos de fiscalización y determinación correspondientes –con las defensas expuestas por el contribuyente- para así cuando su decisión tenga carácter de título ejecutivo, proceder a exigir el pago de manera conjunta con las multas e intereses que diera lugar.

En atención a la anterior consideración, se estima que la presente decisión debió estimar la intromisión que representa la norma sobre los derechos fundamentales

Julio Díaz Valez.

de los contribuyentes, por lo que la disposición debió anularse, y no salvaguardar la misma asumiendo que esa incidencia solo es permisible sobre el “diferimiento del procedimiento establecido en la ordenanza”, pues pueden existir discrepancias de esta índole entre el destinatario pasivo y el Fisco local que potencialmente tendrían ser resueltas ante los tribunales contenciosos tributarios. Por tanto, no puede conferirse normativamente ese poder por ser excesivamente invasivo de los derechos constitucionales de los contribuyentes.

Como consecuencia de la sentencia proferida por la SC del TSJ, el Consejo Legislativo Municipal reformó la Ordenanza de ISAE y en ella proscribió la figura de *corrección inmediata* establecida artículo n° 51 desde la ordenanza de 2009 y 2014. De modo que esa figura quedo expulsada del sistema jurídico municipal, a partir de la reforma de la Ordenanza del año 2018⁴⁴, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 20º: Los sujetos pasivos a que se refiere esta Ordenanza deberán presentar deberá presentar a través de medios físicos o electrónicos la Declaración de Ingresos Brutos Mensualmente, sobre la base del cien (100%) de los ingresos brutos percibidos en el mes inmediatamente anterior, dentro de los DIEZ (10) primeros días continuos del siguiente mes, por cada una de la actividades o ramos a que se refiere el Clasificador de Actividades Económicas, y en las oficinas receptoras u otros canales que establezca el Servicio Autónomo Municipal de Administración Tributaria de Heres (SAMATH).

PARÁGRAFO PRIMERO: El pago deberá efectuarse en la misma fecha en que deba presentarse la correspondiente declaración. Los pagos realizados fuera de la fecha indicada en este Parágrafo, incluso los provenientes de ajustes y reparos se consideraran (sic) extemporáneos y generaran los intereses moratorios y sanciones previstos en esta Ordenanza.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Los contribuyentes que tengan un ejercicio inferior al mes de actividad para la fecha al que estén obligados a presentar la declaración jurada, la formularán abarcando el lapso comprendido desde el día de su instalación hasta el último día del mes correspondiente.

PARÁGRAFO CUARTO: La obligación de la declaración de ingresos brutos mensual establecida en este artículo se aplicará igualmente, en los casos en que el titular de la Carta Patente o Licencia Provisional sea objeto de alguna exoneración u otro beneficio fiscal, respecto de la declaración de la base imponible.

(...)

No obstante, lo anterior, en la actualidad se *reedita* el artículo 51 de la OISAE (2009) derogada y se incorpora en el segundo párrafo del artículo 17 de la *reforma* OISAE (2022), la

⁴⁴ Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar (Gaceta Municipal (Extraordinaria) n° 188 de fecha 27 de noviembre de 2018).

Julio Díaz Valez.

posibilidad de que, en los casos que la declaración realizada por el contribuyente, difiera –a juicio del «funcionario»– de lo establecido en esta ordenanza: «*El Servicio Autónomo Municipal de la Administración Tributaria o los funcionarios que esta designe procederá a la corrección inmediata*».

La OISAE, (2022), Sancionada –sin discusión, participación ni justificación–, plantea la posibilidad de que el funcionario viole el debido proceso y el derecho a la defensa de los contribuyentes, al tiempo que probablemente estimulará las arbitrariedades con fines recaudatorios, lo cual –por cierto– puede configurar un delito penal conforme a lo establecido en Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la corrupción⁴⁵ (ex art. 76)⁴⁶.

Es decir, la Administración tributaria con esta manera irracional de determinar la obligación tributaria de manera irracional sin la instauración del procedimiento administrativo, pretende emitir e imponer una declaración sustitutiva y exigir el pago resultante al contribuyente en un plazo tan solo de cinco (5) días.

Sin embargo, el contribuyente, como bien lo ha sostenido la Magistrada de la SC del TSJ Zuleta de Merchán en la sentencia n° 278 de fecha 29 de abril de 2014, es el único que puede dentro de su margen de libertad, determinar cuál es su verdadero ingreso bruto (entendido como base imponible) lo que abarca tanto el total de lo obtenido, como el procedimiento a partir del cual, dicho resultado arroja posteriormente el pago del impuesto.

Ciertamente, la administración tributaria dispone de amplias facultades de fiscalización y determinación para comprobar y exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias⁴⁷. No

⁴⁵ Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la corrupción (Gaceta Oficial n° 6.699 (Extraordinaria) de fecha 2 de mayo de 2022).

⁴⁶ Artículo 76. La *funcionaria* pública o *funcionario* público que arbitrariamente exija o cobre algún impuesto o tasa indebidos, o que, aun siendo legales, **emplee para su cobranza medios no autorizados por la ley, será penada** o penado con prisión de un (1) mes a un (1) año y multa de hasta el veinte por ciento (20%) de lo cobrado o exigido.

⁴⁷ ex art. 137 del COT, 2020: Artículo 137. La Administración Tributaria dispondrá de amplias facultades de fiscalización y determinación para comprobar y exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias, pudiendo especialmente: 1. Practicar fiscalizaciones las cuales se autorizarán a través de providencia administrativa. Estas

Julio Díaz Valez.

obstante, si la declaración del contribuyente ofrece dudas u opera cualquiera de las circunstancias previstas en la ley, entonces, puede instaurar el procedimiento administrativo de fiscalización y determinación, y en el marco de él determinar de oficio la obligación tributaria sobre la base cierta o presuntiva según las circunstancias⁴⁸.

fiscalizaciones podrán efectuarse de manera general sobre uno o varios períodos fiscales, o de manera selectiva sobre uno o varios elementos de la base imponible. 2. Realizar fiscalizaciones en sus propias oficinas, a través del control de las declaraciones presentadas por los contribuyentes y responsables, conforme al procedimiento previsto en este Código, tomando en consideración la información suministrada por proveedores o compradores, prestadores o receptores de servicios, y en general por cualquier tercero cuya actividad se relacione con la del contribuyente o responsable sujeto a fiscalización. 3. Exigir a los contribuyentes, responsables y terceros la exhibición de su contabilidad y demás documentos relacionados con su actividad, así como que proporcionen los datos o informaciones que se le requieran con carácter individual o general. 4. Requerir a los contribuyentes, responsables y terceros que comparezcan ante sus oficinas a dar contestación a las preguntas que se le formulen o a reconocer firmas, documentos o bienes. 5. Practicar avalúo o verificación física de toda clase de bienes, incluso durante su transporte, en cualquier lugar del territorio de la República Bolivariana de Venezuela. 6. Recabar de los funcionarios o empleados públicos de todos los niveles de la organización política del Estado, los informes y datos que posean con motivo de sus funciones. 7. Retener y asegurar los documentos revisados durante la fiscalización, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, y tomar las medidas necesarias para su conservación. A tales fines se levantará un acta en la cual se especificarán los documentos retenidos. 8. Requerir copia de la totalidad o parte de los soportes magnéticos, así como información relativa a los equipos y aplicaciones utilizados, características técnicas del hardware o software, sin importar que el procesamiento de datos se desarrolle con equipos propios o arrendados, o que el servicio sea prestado por un tercero. 9. Utilizar programas y utilidades de aplicación en auditoría fiscal que faciliten la obtención de datos contenidos en los equipos informáticos de los contribuyentes o responsables, y que resulten necesarios en el procedimiento de fiscalización y determinación. 10. Adoptar las medidas administrativas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que se exija conforme las disposiciones de este Código, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, así como de cualquier otro documento de prueba relevante para la determinación de la Administración Tributaria, cuando éste se encuentre en poder del contribuyente, responsable o tercero. 11. Requerir informaciones de terceros relacionados con los hechos objeto de la fiscalización, que en el ejercicio de sus actividades hayan contribuido a realizar o hayan debido conocer, así como exhibir documentación relativa a tales situaciones, y que se vinculen con la tributación. 12. Practicar inspecciones y fiscalizaciones en los locales y medios de transporte ocupados o utilizados a cualquier título por los contribuyentes o responsables. Para realizar estas inspecciones y fiscalizaciones fuera de las horas hábiles en que opere el contribuyente o en los domicilios particulares, será necesario orden judicial de allanamiento de conformidad con lo establecido en las leyes especiales, la cual deberá ser decidida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes de solicitada, habilitándose el tiempo que fuere menester para practicarlas. 13. Requerir el auxilio del Resguardo Nacional Tributario o de cualquier fuerza pública cuando hubiere impedimento en el desempeño de sus funciones y ello fuere necesario para el ejercicio de las facultades de fiscalización. 14. Tomar posesión de los bienes con los que se suponga fundadamente que se ha cometido ilícito tributario, previo el levantamiento del acta en la cual se especifiquen dichos bienes. 15. Adoptar las medidas cautelares conforme a las disposiciones de este Código.

⁴⁸ ex artículo 34 Ley de Simplificación de Trámites Administrativos: El control posterior comprende la verificación y el seguimiento que realiza la Administración Pública a las declaraciones formuladas por las personas interesadas o su representante, con el objeto de identificar y corregir posibles desviaciones, abusos o fraudes. Este control se ejecutará de forma permanente, sin que implique la paralización de la tramitación del expediente respectivo, ni gasto alguno para las personas interesadas. Las autoridades encargadas de la prestación de los servicios serán responsables de asegurar el control posterior.

Julio Díaz Valez.

Implementar un *pseudo procedimiento* con el propósito de recaudar impuestos a toda costa, puede conducir al sujeto pasivo destinatario de la «declaración sustitutiva» emitida por la Administración Tributaria, a una situación gravosa –pagar más de lo debido– y sin garantía del debido proceso, puesto que de esa manera lo más seguro es que el contribuyente claudique ante las pretensiones del ente exactor.

CONCLUSIONES

La declaración del ISAE es un acto de voluntad y de conocimiento que realiza el contribuyente conforme a la ley. Esto en virtud, de que es el único que tiene la capacidad técnica inmediata, de auto-determinar su obligación tributaria y declararla en el ejercicio pleno de su derecho constitucional de libertad.

La capacidad técnica para declarar el ISAE, es dada por un lado, como expresión del cumplimiento de otros deberes formales exigidos en las leyes tributarias, *p.e.*, registros de operaciones contables en los libros oficiales y auxiliares de contabilidad y por el otro, del conocimiento de la base imponible de este impuesto, constituido por aquellos ingresos brutos gravables y efectivamente percibidos, los cuales no necesariamente tienen coincidencia con aquellos reportados en otras declaraciones de impuesto cuyo control y recaudación le corresponde a la Administración Tributaria Nacional: Impuesto Sobre la Renta, e Impuesto al Valor Agregado.

En el *procedimiento administrativo*, la fiscalización (investigación, averiguación, examen) sirve a un doble propósito: (i) que el procedimiento administrativo encauce de manera organizada y racional, el ejercicio de las potestades administrativas, y así se cumpla el objetivo establecido en la ley. (ii) el procedimiento administrativo se presenta como una garantía del sujeto obligado (contribuyente), que evita las arbitrariedades, el abuso de poder, y las veleidades del funcionario.

La declaración del ISAE es un deber del sujeto obligado, como lo establece la OISAE, por tanto, la propuesta de una corrección inmediata en el marco de una figura de declaración

sustitutiva expedida por la Administración es un intento de burlar el estado de Derecho y con él la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa.

Bibliografía

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinari n° 5.908 de fecha 19 de febrero de 2009).

Constitución del estado Bolívar. (Gaceta Oficial del estado Bolívar Extraordinaria n° 90 de julio de 2001).

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (Gaceta Oficial n° 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014).

Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario. (Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020).

Fraga-Pittaluga, Luis. *La defensa del contribuyente*. Vol. Serie Estudios n° 130. Caracas: Editorial jurídica venezolana, 2021.

González, Salvador Sánchez. *El procedimiento de Fiscalización y Determinación de la Obligación Tributaria*. Caracas: Editorial Torino, 2005.

Jarach, Dino. *El hecho Imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo*. Tercera edición. Argentina: AbeledoPerrot, 2011.

Ley de Publicaciones Oficiales. (Gaceta Oficial de los Estados unidos de Venezuela n° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941).

Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción. (Gaceta Oficial n.° 6.699 Extraordinario de fecha 02 de mayo de 2022).

Ley Orgánica de la Administración Pública (Gaceta Oficial n° 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014).

Ley Orgánica del Poder Público Municipal. (Gaceta Oficial n° 6.015 de fecha 28 de diciembre de 2010).

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (Gaceta Oficial n° 2.818 Extraordinaria de fecha 01 de julio de 1981).

Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Angostura del Orinoco del Estado Bolívar. (Gaceta Municipal Ordinaria n° 390 de fecha 07 de junio de 2022).

Julio Díaz Valez.

Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar. (Gaceta Municipal Extraordinaria n° 188 de fecha 27 de noviembre de 2018).

Ordenanza de Impuestos sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio Heres del Estado Bolívar. (Gaceta Municipal Extraordinaria n° 0328 de fecha 23 de noviembre de 2009).

Reforma Parcial de la Ordenanza de Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar. (Gaceta Municipal Ordinaria n° 013 de fecha 10 de septiembre de 2020).

Rojas, Freddy Escobar. «Algunas Cuestiones Fundamentales en Torno al Deber Jurídico.» *En Derecho*, n° 52 (2000): 308. <https://cupdf.com/document/algunas-cuestiones-fundamentales-sobre-el-deber-juridico.html?page=5>

Santos, Gabriel Ruan. «Medidas tributarias expropiatorias.» *Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT)* n° 126 (2010): 33.

Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario de la Región Capital: Sentencia de fecha 08 de mayo de 2001. Caso: Rustiaco Caracas, S.A.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Sentencia n° 1115 de fecha 10 de julio de 2008. Caso: Comercializadora Snacks, S.R.L. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1115-100708-08-0502.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 123 de fecha 29 de enero de 2009. Caso: Zaramella & Pavan Construction Company, S.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00123-29109-2009-2007-0815.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Sentencia n° 1316 de fecha 08 de octubre de 2013. Caso: Osmar Buitrago Rodríguez y Clemente José Quintero Rojo. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/157249-1316-81013-2013-12-0481.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Sentencia n° 278 de fecha 29 de abril de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/163350-278-29414-2014-11-0038>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Sentencia n° 2884 de fecha 04 de noviembre de 2003. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2884-041103-00-1245.htm>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional: Sentencia n° 301 de fecha 27 de febrero de 2007. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/301-270207-01-2862.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 00043 de fecha 19 de enero de 2011. Caso: Banco de Venezuela. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00043-19111-2011-2010-0016.HTML>

Julio Díaz Valez.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 00473 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>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 00581 de fecha 22 de abril de 2003. (Caso: PABLO ELECTRONICA, C.A.).

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 00649 de fecha 20 de mayo de 2009. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00649-20509-2009-2007-0653.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 00929 de fecha 3 de agosto de 2017. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) Vs. Mallas del Centro Mallacentro, C.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/201939-00929-3817-2017-2015-0814.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 01368 de fecha 01 de agosto de 2007. Caso: Corporación Eurocars, C.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01368-1807-2007-2006-1102.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 01442 de fecha 08 de octubre de 2009. Caso: BANCO PLAZA, C.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Octubre/01442-81009-2009-2007-0194.html>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: Sentencia n° 20 de fecha 04 de marzo de 2021. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/311368-00020-4321-2021-2017-0651.HTML>

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure

PROTECCIÓN AL TRABAJO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE CRISIS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS

Luis Augusto Azuaje Gómez y Francisco Javier Ure

Abogado UBA. Especialista en Derecho del Trabajo UCAB. Estudios en Derecho Procesal UCAB.
// Abogado Universidad Fermín Toro.

Resumen

El objeto principal de este artículo es relatar la protección del proceso social de trabajo y la protección de las fuentes de trabajo y de los puestos de trabajo, al respecto es necesario tener en cuenta los postulados constitucionales establecidos en el artículo 87 que trata sobre el derecho y el deber de trabajar de todas las personas y el artículo 89 la protección oficial del trabajo. Debemos destacar entonces que la principal responsabilidad de los trabajadores y empleadores es el resguardo de la fuente de empleo y por ende el hecho social trabajo; es por ello, que se destaca la jurisprudencia de la Sala Constitucional en la sentencia de fecha 4 de mayo de 2012 en el caso de revisión constitucional del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores.

Palabras claves: protección, trabajo, proceso social, procedimientos administrativos, ley orgánica, trabajadores, empleadores, fuente de trabajo, puestos de trabajo, hecho social.

LABOR PROTECTION AND CRISIS PROCEDURES ESTABLISHED IN THE ORGANIC LABOR LAW, WORKERS AND WORKERS

Abstract

The main purpose of this article is to report the protection of the social work process and the protection of work sources and employment positions, in this regard it is necessary to take into account the constitutional postulates established in article 87 that deals with the right and the duty to work of all people and article 89 the official protection of work. We must emphasize the that the main responsibility of workers and employers is the protection of the source of employment an therefore the social fact of work. It is for this reason that the jurisprudence of the constitutional court stands out in the ruling dated May 4th, 2012 in the case of constitutional review of the Venezuelan Labor Law.

Keywords: Protection, labor, social process, administrative procedures, organic law, workers, employers, sources of work, jobs, social fact.

INTRODUCCIÓN

En Venezuela de la revisión constitucional al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT), publicada en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.076 de fecha Siete (07) de Mayo de 2.012, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se desprende que el trabajo se convierte en uno de los pilares que sostiene el derecho social constitucional, ya que es el conductor para que el Estado pueda brindar una mayor satisfacción al conglomerado social y la tutela protectora al trabajador de cualquier clase.

Todo esto conlleva al Estado a garantizar los derechos de los trabajadores y de las trabajadoras, y proteger al trabajo como hecho social, tal como lo estipula la Ley Sustantiva Laboral en sus artículos 1, 18, 25.

I. Definiciones.

La instancia de protección de derechos establecida en el artículo 148 de la LOTTT, reza sobre la protección del proceso social de trabajo, que es considerado como un mecanismo que se puede utilizar cuando por razones técnicas o económicas, exista el peligro de la extinción de la fuente de trabajo, reducción de personal o se necesiten modificar condiciones de trabajo dentro de una determinada entidad de trabajo.

Por su parte, el artículo 149 de la LOTTT, establece la protección de las fuentes de trabajo y de los puestos de trabajo. Dicho artículo hace referencia que cuando exista un cierre ilegal, fraudulento de una entidad de trabajo, o debido a una acción de paro patronal, el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de trabajo emitirá una Providencia Administrativa que ordena el reinicio de las actividades productivas, y en el caso de que el patrono se niegue a cumplir con la referida providencia, se ordenará la ocupación de la entidad de trabajo cerrada y el reinicio de las actividades.

1.1 Sujetos y titularidad.

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure

Los sujetos activos en el procedimiento estipulado en el artículo 148 eiusdem, principalmente concierne a los trabajadores, sus organizaciones sindicales si las hubiere, las entidades de trabajo y al Estado a través de los funcionarios adscritos al Ministerio con competencia en materia de trabajo.

En cuanto a lo sujetos titulares durante la aplicación del procedimiento establecido en el artículo 149 de la LOTTT, atañe a los trabajadores, sus organizaciones sindicales si las hubiere, las entidades de trabajo y al Estado a través de los funcionarios adscritos al Ministerio con competencia en materia de trabajo y el Ministerio Público.

Estos sujetos titulares y activos durante la aplicación de cada procedimiento son los encargados de garantizar el Trabajo y preservar las fuentes de trabajo como derecho fundamental, tal como lo estipula nuestra Constitución.

1.2 Supuestos de hecho.

Para iniciar la protección del proceso social de trabajo, denominada instancia de protección de derecho se debe generar al menos uno de los tres supuestos establecido en el artículo 148 de la LOTTT, como lo son: i) que por razones técnicas o económicas exista peligro de extinción de la fuente de trabajo; ii) redacción de personal y iii) cuando sean necesarias modificaciones en las condiciones de trabajo.

Ahora bien, para que el Ministerio del poder popular con competencia en materia de trabajo, pueda activar lo dispuesto en el artículo 149 de la LOTTT, es necesario que en la entidad de trabajo exista i) un cierre ilegal ii) fraudulento o iii) una acción de paro patronal.

II. Procedimientos de crisis (Trámite de cada procedimiento).

2.1 Instancia de Protección de derechos (148 LOTTT)

La instancia de protección se podrá activar a través del Ministerio con competencia en materia de trabajo, bien sea a petición de parte u oficio, para garantizar la actividad productiva y el derecho al trabajo. La cual los trabajadores quedarán investidos de inamovilidad laboral durante el proceso.

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure

Es deber del Ministerio con competencia en materia de trabajo, permitir los efectos de la protección del proceso social trabajo, garantizando siempre la actividad productiva de bienes y servicios, por encima de los intereses individuales derivados de la relación de trabajo, esta situación se sitúa en el derecho colectivo.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 689 de fecha 14 de agosto de 2017, con ponencia de la Magistrada: Gladys María Gutiérrez Alvarado, estableció que en los casos que se pretenda la reducción de personal por razones económicas, se permitirá los efectos de la protección del proceso social trabajo garantizando la actividad productiva de bienes y servicios, por encima de los intereses individuales derivados de la relación particular de trabajo, ya que tal situación trasciende dicho ámbito y se sitúa en el derecho colectivo del trabajo.

De la citada sentencia, también es importante resaltar que no existe un procedimiento como tal para regular la misma, por tal motivo existen este tipo de híbridos procedimentales tal como hace referencia la sala constitucional, en tal sentido es necesario hacer mención que desde el punto de vista administrativo, las organizaciones sindicales y/o coalición de trabajadores inician el respectivo procedimiento, ya sea a través de un pliego de peticiones o una mesa de trabajo, que luego de la etapa de mediación, si no se logra alcanzar un acuerdo conciliatorio que resuelva la disputa en cuestión, el mismo puede tomar un giro procedimental y convertirse en un 148, siendo esta la protección establecida en la Ley.

En tal sentido, se desprende del artículo 509 numeral 5 de la LOTTT que, las Inspectoría del Trabajo de acuerdo a sus competencias, pueden intervenir de oficio o a solicitud de parte, en las entidades de trabajo que lo ameriten, con la finalidad de proteger las fuentes de trabajo, a través de la instancia de protección de derechos, adoptando las medidas necesarias para garantizar el trabajo.

2.2 Cierre ilegal, fraudulento o acción de paro patronal.

Con referencia a lo establecido en el artículo 149 de la LOTTT protección de las fuentes de trabajo y de los puestos de trabajo, el Ministerio con competencia en materia de trabajo,

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure

emitirá una Providencia Administrativa que ordena el reinicio de las actividades productivas, y en el caso de que el patrono se niegue a cumplir, el ministerio mediante resolución motivada ordenará la ocupación de la entidad de trabajo y el reinicio de las actividades.

Del referido artículo se desprende que, la autorización que tiene el Ministerio del Poder Popular Para el Proceso Social de Trabajo a ocupar temporalmente una empresa y de ordenar el reinicio de sus actividades, siempre va a depender que se encuentre dentro de los preceptos legales establecidos en el artículo objeto de estudio. Es claro entonces que, para que el Ministerio cuente con dicha autorización para ocupar una entidad de trabajo, la condición sine qua non es que debe existir el fraude o violación a la ley en estos cierres patronales para que se active esta protección, por el contrario, las entidades de trabajo deberían poder cerrar cumpliendo siempre los trámites legales pertinentes.

De igual forma, se establece en el artículo 149 de la LOTTT que, una vez ordenada la ocupación se convocará al patrono y a los trabajadores para establecer una Junta Administradora Especial, y estará integrada por dos representantes de los trabajadores, uno de los cuales la presidirá, y un representante del patrono, dicha junta tendrá las atribuciones necesarias para garantizar el funcionamiento de la empresa y preservar la fuente de empleo. En el caso de que el patrono decida no incorporarse a la junta administradora, será sustituido por otro representante de los trabajadores.

En relación con este artículo, es necesario traer a colación la sentencia N° 265 de la Sala Constitucional de fecha 14 de agosto de 2019, en la que se pronunció sobre la orden de reanudación de las labores dictada por la Inspectoría del Trabajo, por considerar que la disolución de una sociedad podría ser entendido como un hecho que pone en riesgo el trabajo de los trabajadores, por tal motivo instó al referido Ministro para que dé cumplimiento a lo pautado en el artículo 149 eiusdem y ordene la conformación e instalación de la Junta Administradora Especial, la cual tendrá las facultades y atribuciones necesarias para garantizar el funcionamiento de la entidad de trabajo y la preservación de los puestos de trabajo.

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure

En este sentido vemos como la Sala Constitucional, ordena al ministerio con competencia en materia laboral a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 149 de la LOTTT, por considerar que el cese de las actividades de una entidad de trabajo pone en riesgo al trabajo.

En este mismo orden de ideas, es necesario citar que la Ley Sustantiva Laboral en su artículo 539 estableció la sanción de arresto para los patronos que incurran en cierres ilegales e injustificados de la fuente de trabajo con una pena que puede variar entre 6 a 15 meses.

2.3 Fueros especiales.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 148 de la LOTTT, los trabajadores pertenecientes a la entidad de trabajo objeto de la instancia de protección de derechos quedan investidos de inamovilidad laboral durante el proceso.

Del artículo 149 de la LOTTT, no se desprende que los trabajadores queden amparados por la inamovilidad laboral especial. Sin embargo, de acuerdo a las máximas experiencias, una vez el que el Ministerio del poder popular con competencia en materia de trabajo realiza la resolución motivada de la ocupación temporal de la entidad de trabajo, este viene acompañado del decreto de la inamovilidad laboral, que es extensible hacia todos los trabajadores que están dentro de la misma, ya que su finalidad es proteger la fuente de trabajo y los puestos de trabajo.

III. Efectos, acuerdos y límites de los procedimientos.

Tomando en cuenta que, el efecto de la aplicación del artículo 148 de la LOTTT es preservar la fuente de trabajo, la cual debe ser considerada y protegida por el Estado como el conductor de mayor satisfacción al conglomerado social, de allí que debe existir ponderación y resguardo especial del puesto de trabajo cuando ésta se encuentre amenazada, en tal sentido la solución no debe versar sobre intereses individuales de algunos trabajadores involucrados, sino que las partes persigan el beneficio de los derechos colectivos de los trabajadores y en protección del proceso social trabajo.

En consecuencia, observamos que, en la instancia de protección de derechos se puede acordar la revisión de algunas condiciones de trabajo con el objeto de garantizar la actividad

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure

productiva de bienes y servicios, aplicando las medidas destinadas a superar el riesgo de la extinción de la fuente de trabajo.

En referencia a la aplicación del artículo 149 de la LOTTT, apunta a un modelo de empresa de propiedad privada bajo el control estatal de gestión, a través de la ocupación temporal de la entidad de trabajo cerrada de forma ilegal, fraudulenta o por una acción de paro patronal, dicha ocupación es un mecanismo aplicado por el Estado para evitar la extinción de la fuente de empleo, cuyo efecto busca preservar los puestos de trabajo.

IV. Reflexión del modelo de regulación de conflicto por crisis en Venezuela.

En consideración a la aplicación de los artículos 148 y 149 de la LOTTT, por parte de los órganos administrativos del trabajo, estos siempre terminan violentando flagrantemente derechos constitucionales, tales como el derecho a la defensa y debido proceso establecido en el artículo 49 numeral 1, el derecho al trabajo artículo 87, el derecho a la propiedad, estipulado en el artículo 115 donde se garantiza la propiedad privada, siendo que toda persona tiene el derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes con las restricciones legales, asimismo lo establece el código civil venezolano en su artículo 545.

De igual forma, se ve violentado el derecho constitucional a la Economía, ya que la carta magna establece la libertad de empresa, la cual permite dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia y el Estado tiene el deber de participar en la regulación de la economía con la finalidad de impulsar el desarrollo del país.

Partiendo de estos principios, vemos como el ministerio con competencia en materia del trabajo, olvida la aplicación de dichos derechos constitucionales, y por ende finaliza obviando el juicio de ponderación, siendo que este juicio busca evitar que una decisión que en principio persigue proteger un derecho, se traduzca a su vez en la anulación de otro u otros derechos constitucionales.

La institución jurídica regulada en los artículos 148 y 149, no tienen un procedimiento previamente estipulado, como bien lo señala la propia ley, éste deberá ser objeto de regulación

Luis Augusto Azuaje y Francisco Javier Ure

en el reglamento, y a falta de la misma, la Administración debe señalar expresamente el proceso que debe seguirse en pro de salvaguardar los derechos de las partes.

De todo esto se desprende que la LOTTT, es una norma punitiva, cuyo objeto busca siempre garantizar las fuentes de trabajo y los puestos de trabajo, a través de las empresas productivas, hecho que no ha sido del todo efectivo, siendo que, a lo largo de estos 10 años de la Ley se han cerrado una cantidad considerable de empresas, evidenciándose la no efectividad de los artículos aquí estudiados, en consecuencia se considera que la LOTTT produce desconfianza en las empresas y dificulta la inversión en el país.

CONCLUSIONES

1. El Derecho constitucional del trabajo venezolano promueve y protege al trabajo como pilar que sostiene el derecho social constitucional.
2. Las instancias de protección de derechos se encuentran tipificadas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Trabajadoras específicamente en su artículo 148.
3. El DLOTTT en artículo 149 establece la protección de las fuentes de trabajo y de los puestos de trabajo.
4. Del procedimiento estipulado en el artículo 148 DLOTT se derivan tanto sujetos activos como titulares, como son los Trabajadores, sus organizaciones sindicales, las entidades de trabajo y el Estado a través de sus funcionarios adscritos al Ministerio con competencia en materia del trabajo y el Ministerio Público.
5. Los procedimientos de crisis establecidos en DLOTT requieren de una serie de trámites donde debe tomarse en cuenta los distintos escenarios como la instancia de protección de derechos, el cierre ilegal, fraudulento de una entidad de trabajo, la acción de paro patronal y los fueros especiales.
6. El DLOTT es una norma punitiva, que busca siempre garantizar las fuentes de trabajo y los puestos de trabajos a través de las empresas productivas.

Bibliografía

Carballo Mena, Casar Augusto. *Ensayo Intervención administrativa de empresas por crisis o cierre ilegal. I Congreso de Derecho Social*. Maracaibo: Editorial Fundación BOD, octubre 2016.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Gaceta Oficial No 36.860 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 1999.

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.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo: Gaceta Oficial No 38.426 de fecha 28 de abril de 2006.

Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Acceso el 01 de septiembre de 2022.
<http://tsj.gob.ve/web/tsj>

Anibal Ruiz y Olga Molano

LA SIMULACION Y EL FRAUDE PROCESAL COMO ELEMENTOS CONVERGENTES EN UN PROCESO DE DEFRAUDACION ECONOMICA

Aníbal A. Ruíz Alvarado y Olga C. Molano Lucena

Abogado egresado de la UCAB. Especialista en Derecho Económico UCAB. Litigante, Especialista en Materia Civil, Penal e Inmobiliaria. Docente Universitario. Conferencista y escritor de artículos. Licenciada en Educación en la UNESR. Maestría en Planificación Educativa en la URU. Doctor en Educación UPEL-IPB. Docente, tutora y jurado de pregrado, postgrado. Investigadora, social, educativa. Conferencista, escritora de artículos y libros.

Resumen

El objetivo es demostrar la relación existente entre un acuerdo simulado, un negocio y un proceso de defraudación patrimonial, en la cual la mala fe, el dolo de los participantes y sus aliados, son imprescindibles para que se den los acuerdos de voluntades necesarios para causarle un perjuicio a un tercero o a terceros, víctimas de esos procesos. El diseño y planificación por parte de los perpetradores depende de las circunstancias de forma, modo, tiempo y lugar, además de las características de las personas involucradas en estos procesos deben ser los mismos que pretendan cumplir con todas las formalidades legales para que el negocio jurídico simulado pueda ser considerado como válido e inclusive pueda ser sostenido y defendido con éxito dentro de un proceso judicial.

Palabras clave: engaño, mala fe, fraude, proceso, defraudación económica.

SIMULATION AND PROCEDURAL FRAUD AS CONVERGENT ELEMENTS IN A PROCESS OF ECONOMIC DEFRAUD

Abstract

The objective is to demonstrate the existing relationship between a simulated agreement, a business and a process of patrimonial fraud, in which bad faith, the fraud of the participants and their allies, are essential so that the necessary agreements of will be given to cause damage to a third party or third parties, victims of these processes. The design and planning by the perpetrators depends on the circumstances of form, manner, time and place, in addition to the characteristics of the people involved in these processes, they must be the same as those who intend to comply with all the legal formalities so that the legal business simulated can be considered as valid and can even be successfully sustained and defended within a judicial process.

Keywords: deception, bad, faith, fraud, process, economic fraud.

I. INTRODUCCIÓN

Desde siempre se ha hablado que la abogacía se rige por principios éticos ligados a la probidad y la rectitud cónsonas con las leyes dentro del marco jurídico establecido en los preceptos constitucionales vigentes. En su labor profesional, el abogado asume el rol de operador jurídico en función de interpretar y aplicar el derecho.

Son precisamente, El fraude de simulación desde una perspectiva civil y penal al mismo tiempo requiere una recopilación doctrinaria y jurisprudencial principalmente acerca de las principales teorías y conceptos del fraude simulación donde se deben analizar las especificidades del tipo penal así como diversos estratos jurisprudenciales donde se analizan los distintos elementos y aspectos configurativa por una acción delictiva de encaje en el tipo penal en cuestión el auto jurídico

En este sentido, resulta destacable como varía su actitud en dependencia directa con la función que realiza en el ámbito de actuación profesional, ya que puede proyectarse en el ámbito de la docencia jurídica, como teórico del derecho, como intérprete, como mediador, entre otras muchas funciones ligadas a los aspectos procesales económicos. En este sentido, la práctica jurídica exige un comportamiento cónsono con el rol de un abogado capaz de una acción ética capaz de eliminar en su praxis del derecho las actividades ligadas al dolo, la simulación y el fraude procesal para no concretar un proceso de defraudación económica.

El propósito de este ensayo es señalar la necesidad de coordinar o concertar el dolo, la simulación y el fraude procesal para que se pueda concretar un proceso de defraudación económica. Se trata de definir sus elementos y rangos de participación en el proceso defraudatorio, el cual viene a ser el objetivo económico final de los sujetos que desarrollan la conducta criminal.

También, se estudiara la figura de la simulación y el fraude como elementos fundamentales para la creación de un ardid, el cual puede ser en el caso factico planteado reforzado con otras conductas delictivas como forjamiento de documentos, falsos testimonios

y/o acciones colusivas que generan una relación de causalidad dentro o fuera de un proceso administrativo o judicial, que permitan obtener un mandato judicial y/o una sentencia definitivamente firme, que cambie la situación patrimonial del sujeto defraudado.

II. DESARROLLO DEL JUICIO ARGUMENTATIVO

Es evidente que la situación planteada con los actos, acuerdos y negocios simulatorios que persiguen defraudaciones económicas se encuentran enmarcadas dentro del ámbito del Derecho Penal Económico, el cual como es sabido es una rama del derecho de reciente data que apenas surge como tal, a finales del siglo XIX ya que si bien es cierto en la antigüedad se pudiese decir que existió esa rama del Derecho, la misma lo hizo en forma muy rudimentaria es apenas en fechas recientes y derivadas de los grandes cambios económicos desarrollados por la humanidad en los últimos 200 o 300 años, las cuales trajeron como consecuencia la existencia de nuevas formas de creación de riqueza, como por ejemplo el desarrollo del mundo comercial, empresarial y corporativo, estos dos últimos los cuales han tenido un desarrollo exponencial en los últimos 100 años, hizo necesaria la expansión de esta rama del Derecho Penal.

Estos hechos sumados a la normal apetencia económica del ser humano o al interés egoísta del panadero¹, hicieron necesaria el desarrollo de esta nueva rama del derecho, la cual pretende de una manera u otras controlar conductas delictivas que eran desconocidas apenas unas décadas atrás y no solo eso, sino que muchas de ellas, se encontraban carentes de regulación alguna, lo cual traían como consecuencia la impunidad de dichas acciones, con los consecuentes daños económicos a los afectados.

Como ejemplo de ello, podemos señalar que es hasta hace apenas unos años o lustros que comenzó a desarrollarse en el mundo occidental la figura de la responsabilidad penal de las empresas y sus administradores por hechos o conductas delictivas derivados del manejo doloso de los recursos de las empresas, de los accionistas y de los terceros que bien pudiesen verse afectados por esas conductas delictivas. Nuestro país es en fechas recientes que se encuentra adaptando nuestra legislación y doctrina a esa nueva realidad.

¹ SMITH Adam. (1958). *La Riqueza de la Naciones*. México: Fondo de Cultura Económica.

Las nuevas formas de creación de riqueza, los rápidos cambios que están sucediendo en la humanidad y la evolución propia de la sociedad ante la realidad de la globalización y la revolución telemática que permiten la materialización de negocios en forma instantánea los cuales hace pocos años era imposible de creer que fuesen a ser posibles, hacen necesaria la adaptación del derecho a esa evolución y en consecuencia se deben ajustar y modernizar los sistemas legales, así como los profesionales adaptarse a esos cambios y realidades

Ahora bien en muchos casos la Ley y el control del uso de los procesos judiciales y/o administrativos han sido usados para concretar este tipo de procesos defraudatorios de índole generalmente económico a través del diseño, materialización y forjamiento de negocios simulados que son sustentados o pueden ser sostenidos a través de fraudes procesales por la convergencia y/o concertación de conductas simulatorias realizadas entre distintos actores para concretar dicha conducta delictiva en contra de la víctima y/o las víctimas de dichas acciones, conductas estas inclusive que en muchas ocasiones, se desarrollan dentro de los procesos judiciales ya que una vez descubierto el intento de fraude.

Asimismo, el fraude es intentado disfrazar por los perpetradores como solo un ilícito civil, para evadir la jurisdicción penal y por ende obtener la impunidad personal, es por ello que con la sentencia la sentencia Nro. 908 de la Sala Constitucional con ponencia del Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero del año 2000 de fecha 4 de agosto del año 2.000, expediente No. 00-1722, el Estado Venezolano, comienza a definir de una manera u otra esa conducta fraudulenta.

La conducta fraudulenta, es desarrollada con la anuencia de profesionales del derecho de dudosa conducta ética, en beneficio de sus clientes y quiénes son los autores intelectuales de esos procesos defraudatorios por ser ellos los concedores de la ley y del proceso y quienes prestan sus conocimientos técnicos a aquellos que tienen la intención defraudatoria original, salvo que dichos profesionales actúen en nombre y beneficio propio.

Como se puede observar han transcurrido apenas 20 años de la apertura al estudio de estas conductas defraudatorias dentro de la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, por lo que es poco el material existente sobre la materia. Sin embargo dichas conductas son tan

amplias como el derecho mismo y las podemos observar en los distintos ámbitos del derecho, como el derecho civil, el derecho económico, corporativo, mercantil, tributario, inquilinario, penal y hasta de violencia contra la mujer; en donde en esta última área y a pesar de la realidad social que se observa en la sociedad venezolana.

También es cierto en el ámbito de violencia contra la mujer, porque así lo revela la práctica cotidiana del ejercicio profesional, que en muchas oportunidades se utiliza ese tipo de proceso judicial para iniciar, continuar y desarrollar procesos extorsivos de carácter económico, en el cual, muchas ocasiones inclusive, se ha llegado a la simulación de agresiones y/o autoagresiones para intentar concretar procesos defraudatorios relacionados con problemas de índole económicos, derivados de la extinción de relaciones personales y procesos de partición de bienes entre otros.

Sin embargo, este último punto aunque es una realidad, es un punto polémico en la percepción de la ciudadanía, porque si bien es cierto en algunos segmentos de la realidad venezolana, es cierto que ha existido y existe un alto componente de violencia contra la mujer, en otros ello no es así y sin embargo, se usa dicha herramienta legal para la obtención de dichos beneficios económicos, tal y como lo hemos podido percibir algunos profesionales del derecho que nos hemos encontrados con dichas situaciones en el día a día del foro, repetimos este último punto no deja de ser polémico ya que inclusive no se cuentan con estadísticas reales de dicha jurisdicción por no ser confiables los números que emiten los organismos concedores de la materia, en virtud al sesgo continuo y reiterado de los funcionarios que administran este tipo de “justicia” y con el cual nos encontramos los profesionales del derecho en esa jurisdicción.

En ese sentido, debemos señalar que la sentencia No. 908 de fecha 4 de agosto del año 2.000 ya citada en el presente artículo es la cual, luego de un estudio analítico de la figura del fraude procesal lo definió y estableció las formas en las que puede accionarse en contra del mismo, ya sea por vía incidental o principal, dicha decisión a grandes rasgos expuso lo siguiente:

El fraude procesal puede ser definido como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio de éste (sic), destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos

procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o tercero. Estas maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante, lo que constituye el dolo procesal strictu sensu, o por el concierto de dos o más sujetos procesales, caso en que surge la colusión; y pueden conseguir la utilización del proceso como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas (como ocurre en el proceso no contencioso), y mediante la apariencia procedimental lograr un efecto determinado; o perjudicar concretamente a una de las partes dentro del proceso, impidiendo se administre justicia correctamente.

Indica también la referida decisión, algunas de las formas en las que puede ser ejecutado el FRAUDE PROCESAL, dentro de un proceso, que necesariamente deben ser concatenados para lograr el fin de la y/o las defraudaciones planificadas, las cuales no solo se encuentran identificadas y/o reseñadas en la referida sentencia, además, abarca un espectro amplio de situaciones fácticas que se pudiesen presentar y las formas o maneras que puedan ser pensadas, diseñadas y planificadas para el logro del perjuicio económico perseguido.

En este sentido, el Dr. Velandia Ponce (2003), en su artículo titulado *Del Dolo Civil Al Fraude Procesal*², señala que una de “las instituciones civiles generadoras de Fraude Procesal es la simulación y al hablar sobre la simulación fraudulenta” (p. 575), indica que la misma siempre es ilícita y no puede producir efecto valido alguno, porque carece de causa licita y porque no corresponde a la voluntad real que prescribe la ley en la formación licita del consentimiento negocial.

Más adelante el referido autor en su página 579³ señala citando una Sentencia de la Sala de Casación Civil del 6 de julio del año 2000 (Pierre Tapia, Nro. 7, Tomo II, 2000, pp. 622 – 623) indica “finalmente tenemos que los actos fraudulentos y los actos simulados, aunque tienen diferencias de origen, implican un fraude procesal, porque se dirigen al engaño de alguien en afectación del sistema jurídico”. Igualmente, en su capítulo 4, hace referencia al dolo civil y al dolo procesal en donde indica:

² VELANDIA PONCE, Rómulo. (2003). *Tribunal Supremo de Justicia*. Colección de Libros Homenaje, Nro. 8. Nuevos Estudios de Derecho Procesal Volumen II. Libro Homenaje a JOSE ANDRES FUENMAYOR, pagina 575.

³ VELANDIA PONCE, Rómulo. Ob. Citada.

El profesor alemán Zeiss (1967) realizó un estudio completo acerca del dolo procesal, indicando que tanto la doctrina como la jurisprudencia del Derecho Procesal Civil conocen de lo que llamo el “fenómeno del litigante artero, o sea el que procede con “dolo”, referido a aquellas conductas que violan la buena fe y las buenas costumbres, además de ofender cualquier sentimiento de justicia. (p. 583).

En este sentido, muchos de esos procesos judiciales son auspiciados por profesionales del derecho inescrupulosos, que tal y como hemos señalado anteriormente son quienes tienen la capacidad técnica y la cualidad para planificar y desarrollar este tipo de procesos legales, independientemente del área del derecho a la que aplican ese conocimiento, así sea forjando documentos, simulando hechos, incentivando falsas declaraciones o inclusive, como tenemos conocimiento en un caso de reciente data, falseando jurisdicciones. Ahora bien, la *mala fe*⁴, según Osorio (1981), quién la describe como un:

V. Bien gravado y litigioso, buena fe, carta de recomendación, defraudación, edificación, siembra y plantación, estelionato, justo título, posesión de mala posición atribuible a quien formula una pretensión que sabe carente de fundamento o a quien realiza un acto sabiendo que es delictuoso o cuasidelictuoso o que contiene vicios en su título fe, prescripción adquisitiva (p. 79).

Representa una estratagema fraudulenta destinada a engañar tanto a las personas, como a los organismos involucrados, con la finalidad de concretar al final del día y/o aguas abajo como dicen los economistas un fraude y/o una estafa en contra de un tercero que por la razón que fuese ante este tipo de procesos es la víctima.

A la par, el dolo⁵, por parte de los participantes en “los procesos simulatorios y defraudatorios” (p. 58). Se trata de quienes a los efectos del presente trabajo pasaremos a denominar perpetradores, ya que son los elementos antes señalados los fundamentales para la existencia de un acuerdo simulatorio, este acto y defraudatorio es considerado de acuerdo a la literatura jurídica como delictuoso o

⁴ OSSORIO, Manuel. (1981). *Diccionario De Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Argentina.

⁵ ⁵ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. (2012). *Dolo*. Decima Octava Edición. México. Barcelona. Buenos Aires. Paris.

cuasidelictuoso debido al posible forjamiento de documentos, fingiendo hechos, incentivando falsas declaraciones que contiene vicios en su título fe, prescripción adquisitiva tal y como lo demostraremos a lo largo del presente trabajo.

2.1. Sujetos Intervinientes

Para que pueda ser desarrollada una conducta defraudatoria en contra del patrimonio y/u los derechos de un tercero es necesaria la participación de diversas personas naturales y/o jurídicas se ponen de acuerdo al concertar y/o colusionan entrar en desacuerdo acerca de los contenidos, costos, entre otras cosas para desarrollar la conducta y/o conductas simulatorias o serie de ellas para que a través de esa serie de actos y/u actividades conexas y posiblemente concatenadas, concreten el objetivo deseado.

En los procesos simulatorios que persiguen una defraudación económica, es imprescindible la existencia de un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos ya que a diferencia de la estafa o fraude, los cuales eventualmente pueden ser realizados por un solo individuo. Asimismo, en el Código Procedimiento Civil (1990), en su Artículo 17⁶, se establece que los actos y acuerdo simulatorios para que puedan ser desarrollados efectivamente, deben contar con la actuación de distintas personas quienes con diferentes grados de participación permiten hacer pasar como válido y legal el acto o negocio jurídico simulado, el cual si bien es cierto puede llegar a cumplir con todas las formalidades legales para poder ser considerado como válido, el mismo no contiene la realidad o voluntad del fin perseguido por las partes en el acuerdo, el cual generalmente persigue causar un perjuicio económico a un tercero.

No obstante, más allá de los típicos ejemplos de relativización los procesos simulatorios se revisten de legalidad, lo cierto es que la legitimación en la causa involucra a un tercero para incoar la acción de simulación se erige como claro reconocimiento de la posibilidad de que los efectos de un contrato se extiendan a personas cuyos efectos operativos genera obligaciones y derechos para las partes intervinientes., en principio, completamente ajenas a su celebración de un contrato donde una o varias personas consienten en obligarse a prestar algún servicio en el

⁶ CÓDIGO PROCEDIMIENTO CIVIL (1990). *Artículo 17*. Código de Procedimiento Civil

cual se establece o no, un acuerdo jurídico de voluntades por el que se exige el cumplimiento de una cosa determinada. Se trata de un acto privado entre dos o más partes destinado a crear obligaciones y generar derechos.

2.2 Los Perpetradores

Son las personas naturales y/o jurídicas las cuales, en diversos grados de nivel, participación, implicación, actividad y/ o actuación, desarrollan conductas concertadas que persigan concretar hechos (puede ser uno o varios consecutivos) que permitan los procesos defraudatorios que fuesen diseñados en contra de las víctimas.

Estas varían desde Autores Intelectuales, Materiales, Cooperadores, Cómplices y/o hasta Encubridores lo cual depende del nivel de participación que desarrolle la persona implicada en el proceso defraudatorio. Estas personas pueden ser naturales o jurídicas (inclusive a veces son creadas estas empresas con ese único fin) de hecho dentro del mismo existen actores primarios y secundarios y/o agregados que se van presentando o son necesario agregar en la medida que se desarrolle el fraude o la estafa, si el plan original por la razón que fuese no pudiese ser concretado.

Sin embargo, es indispensable para la planificación, desarrollo y ejecución de toda la actividad simulatoria y fraudulenta, que participen en su desarrollo uno o más profesionales del derecho, que dependiendo de la situación fáctica y la planificación táctico legal de los hechos y actos que se deban realizar para concretar la defraudación prevista dentro del marco legal.

2.3 La Víctima

Para efectos de esta disertación las víctimas, pueden ser consideradas como todas aquellas personas naturales y/o jurídicas que puedan ser susceptibles de ver afectados sus derechos y/o sus bienes en forma alguna, por las maniobras, maquinaciones y/o artimañas defraudatorias que ejecuten los perpetradores de la conducta delictiva que persiguen el perjuicio patrimonial.

Las actividades simulatorias y/o fraudulentas, han sido objeto de interés en los ámbitos del derecho, por esta razón, ha sido acompañado de una vasta literatura jurídica y sociológica, que ha estudiado a la víctima y su entorno, surgiendo disciplinas como la victimología, que estudia a éstas desde una perspectiva científica; y la víctima dogmática, que incluso estudia la propia responsabilidad del sujeto agraviado en la comisión del delito.

2.4. Elementos Convergentes en un Proceso de Defraudación Económica

Son distintos los elementos que son necesarios que sean concatenados para la materialización del fraude, el cual ha sido diseñado a través de un proceso simulatorio, sin embargo, las palabras básicas para concretar dicha operación, en una primera fase son parte de la mala fe, el dolo y el engaño⁷, éste último conceptualizado por Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado (2012), como la “acción y efecto de engañar o engañarse” (p. 389), como ya ha sido señalado estas condiciones son parte del sumario, debido a que sin la mala intención y la mala fe, es impensable el desarrollo de un proceso defraudatorio. En consecuencia, engañar significa, dar a la mentira apariencia de verdad, inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es valiéndose de palabras, obras aparentes y fingidas.

Una segunda fase, constituida por el diseño y planificación de los actos necesarios para desarrollar un proceso que permita hacer los actos preparatorios. Asimismo, Ossorio (1981)⁸, Señala que en ellos “la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre... en el orden civil, el engaño constituye un vicio del consentimiento por cuanto induce a error a la parte engañada” (p. 285). De ahí que en el léxico penalístico estafa y engaño adquieren un mismo significado.

En consecuencia, en algunos códigos penales, como el español, denominan a esa clase de delitos, definidos como parte de las estafas y otros engaños. Por este motivo, permitirán concretar la defraudación y una tercera fase que corresponde a los procesos de ejecución de los procesos civiles, pudiendo ser estos administrativos o judiciales (fraude procesal) que concreten la defraudación económica.

⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. (2012). Ob. Citada

⁸ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

En sentido amplio, comprende cuantos perjuicios económicos se infieren abusando por la mala fe. Este delito lo cometen quienes sustraen dolosamente los aportes correspondientes al pago de los impuestos públicos. Por tanto, se considera una apropiación indebida, relacionada con la obligación de restituirlas. En definitiva, constituye un fraude o engaño en las relaciones con otras personas u organismos administrativos de la cosa pública.

2.5 Fases

2.5.1. Fase I. La Intencionalidad

En toda acción maliciosa de tipo intencional, existe una lógica que evidentemente involucra la voluntad humana, debido a esto, no puede existir ningún proceso defraudatorio, donde la persona y/o personas que diseñan un proceso de esta naturaleza, deben tener la intención de defraudar, deben tener la *mala fe*, y la actitud y *el animus decipiendi*. En este sentido, Urdaneta Fontiveros (2010), señala claramente en su obra *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*⁹ que: “El dolo es, por definición, una falta intencional”. El autor del dolo debe haber actuado a sabiendas que está actuando de manera fraudulenta.

En este particular, el principal sujeto activo y quien generalmente es el principal beneficiado del proceso defraudatorio, es el autor Intelectual quien debe saber claramente lo que quiere, cuál es su objetivo y quien o quienes son las víctimas y/o el objeto (bienes o derechos) que aspira a obtener de la defraudación pensada. De este modo, Ossorio (1981), en su diccionario, define al dolo¹⁰, desde una concepción aplicada al ámbito legal como:

La palabra *dolo*, derivada del latín *dolus*, o del griego *doloa*, significa comúnmente mentira, engaño o simulación, jurídicamente adquiere tres formas: vicio de la voluntad de los actos jurídicos; elemento de imputabilidad en el incumplimiento de obligaciones; o calificación psicológica exigida como integrante del delito civil o agravante del delito penal. En el primer sentido, el dolo puede definirse, como lo hace el art. 931 del Código Civil Argentino: “toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo que es verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee” para conseguir la ejecución de un acto. El segundo y el tercer sentido de la voz *dolo* corresponden a lo que

⁹ URDANETA FONTIVEROS, Enrique. (2010). *El error el dolo y la violencia en la formación de los contratos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas: Serie Estudios.

¹⁰ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

comúnmente llamamos “intención”; los actos antijurídicos pueden cometerse con la intención de producir un mal o simplemente, con la previsión del resultado dañoso; aunque no mediante intención. (v. Culpa.). Los antijurídicos civiles configuran “delitos” cuando media *dolo*; y cuasidelitos” mediando solo culpa (p. 264).

Por otra parte, Melich – Orsini (2012), en su Obra *Doctrina General del Contrato*¹¹ señala lo siguiente: “la hipótesis del dolo supone un error provocado por las maquinaciones de otra persona” (p.177). Corte Superior Primero en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda¹². Cfr. Y citando a Von Thur, define el dolo así:

El dolo es la conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja de subsistir una idea errónea de otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad... El dolo no es solo un vicio del consentimiento, sino que configura en sí mismo un delito civil, una acción ilícita por parte de quien ha desplegado las maquinaciones que han inducido a errar a su víctima. Cuando intencionalmente se practica una conducta con la intención de engañar a una persona (*animus decipiendi*), se incurre ciertamente en un comportamiento reprochable por su deslealtad, esto, es una conducta antijurídica, contra la cual el derecho siempre ha reaccionado con energía y ante cuyas consecuencias en la vida de los negocios se explica que el despliegue un mayor celo en la protección de la víctima...En sentido estricto, en el que nos interesa aquí, dolo significa artificio, maquinación o conducta encaminada a engañar; incide en la etapa de la formación del contrato y tiene importancia en la teoría de los vicios de consentimiento, ya que es causa de nulidad de un contrato cuando las maquinaciones usadas por un contratante hayan sido tales que el otro, sin ellas no habría contratado...El dolo significa pues la maquinación o artificio de que se vale uno de los contratantes para engañar a otro con el fin de determinarle a celebrar un contrato (p. 15).

Si bien es cierto que la Doctrina habla sobre el dolo contractual, no es menos cierto que en un gran porcentaje de las defraudaciones económicas son concretadas a través de la elaboración de documentos y/o contratos que simulan con su contenido y forma la defraudación diseñada y con los cuales los perpetradores de la conducta delictiva intentan disfrazar o camuflar la acción, la cual en muchas ocasiones, por error, desconocimiento, ignorancia o

¹¹ MELICH – ORSINI, José. (2012). *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Centro de Investigaciones Científicas. 5ta. Edición. Caracas.

¹² CORTE SUPERIOR PRIMERO EN LO CIVIL Y MERCANTIL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA. *Sentencia del 20 – 01 – 60*. Caracas.

inclusive resignación, se tiende a dar por validas, renunciando en esas ocasiones las víctimas por las razones que fuesen a las acciones que bien pudiesen intentar para recuperar los activos o derechos afectados.

Muchas de estas situaciones, se pueden observar en casos de índole familiar, sucesiones, particiones o divorcios, en donde en ocasiones es inclusive se usa el elemento afectivo-familiar como elemento extorsivo, para que la víctima no ejecute ningún tipo de acción en contra de los perpetradores. No es difícil escuchar en la práctica diaria frases, como “*oye vale pero ese es tu hermano o tu cuñado*” o “*doctor yo voy a dejar así, porque esa es mi hermana o la madre de los muchachos*”, lográndose con esa situación fáctica la impunidad y la concreción del fraude diseñado. Es por ello que podemos observar que el Dolo es el inicio de todo, la intencionalidad del perpetrador original lo lleva a pensar y desarrollar las ideas, pautas y conductas que serían necesarias para poder concretar el fraude o la estafa que diseñó en su mente, por cualquier motivo.

La envidia, el odio, el afán de lucro, el costo de oportunidad, el costo beneficio o el azar son las principales causas que impulsan el deseo de una persona a causar el perjuicio a la víctima y/o víctimas que serían objeto del despojo y/o perjuicio patrimonial a causarse y para lo cual la mala fe, tal y como ya hemos señalado anteriormente es el otro elemento concomitante del psique interior de la persona para por lo menos intentar concretar el fraude o la estafa.

2.6 Fase 2.

2.6.1 Diseño y Planificación.

Es evidente que una vez tomada la decisión, el perpetrador pasa a analizar y a buscar los recursos necesarios para intentar desarrollar la defraudación económica ideada, es aquí, cuando la persona hace el análisis fáctico de la situación, que acciones puede y debe ejecutar, quien y/o quienes pueden o deben colaborar con él para lograr el objetivo deseado, con quien o quienes puede contar para la ejecución de las acciones que concreten el proceso y que puede esperar, ya que tal y como ya hemos señalado, para concretar el proceso de defraudación y de simulación es necesario el concurso de otras personas, que concierten y/o desarrollen conductas colusivas que permitan el acto simulado y en consecuencia el fraude, es decir la búsqueda de los cómplices,

es en esta fase que el actor principal busca o localiza a el profesional del derecho que lo ayude a realizar la acción defraudatoria (salvo que el mismo sea abogado), realiza un análisis costo-beneficio e inclusive de costo de oportunidad ya que inclusive puede esperar que la ocasión y el tiempo le sea propicio para la ejecución del fraude, como por ejemplo, esperar que la víctima se ausente por viaje o enfermedad o por cualquier otra razón del sitio, localización y/o jurisdicción en donde se pretende concretar el despojo patrimonial o tal y como hemos visto en una causa reciente (un caso de divorcio en donde los cónyuges tiene años fuera del país) con la escogencia de una jurisdicción internacional distinta a aquella en la cual debía ser conocida la causa que origina el conflicto, diferencia o juicio.

El perpetrador por otra parte busca en esta fase también, los recursos económicos, personales e inclusive emocionales que lo pueden ayudar a concretar el proceso defraudatorio, es en esta fase de planificación que se toma en consideración todos los factores y recursos necesarios, así como la necesidad de ejecución de los distintos actos que permitan a través del concierto de esas acciones y actividades el logro del beneficio económico perseguido. Señala Sabino (1991), en su *Diccionario de Economía y Finanzas*¹³, con respecto a la planificación, indica lo siguiente:

En un sentido general planificar significa organizar los factores productivos a futuro para obtener resultados previamente definidos. Quien planifica traza entonces un plan donde se fijan los recursos que serán necesarios para el logro de metas parciales y globales trazadas (p.183).

Es aquí, en donde el perpetrador principal y generalmente el que aspira ser el mayor beneficiado de las conductas concertadas y colusivas reafirma su decisión de proceder al desarrollo del proceso personal, económico y legal que concrete la defraudación que en un principio se originó en su psique personal ya que puede visualizar las posibilidades reales de éxito de la acción que va a intentar y el grado de impunidad que puede lograr, ya que es lógico pensar que si los costos, así como el riesgos personales serán mayores a los beneficios, posiblemente desista de la intención de causarle un daño a las victimas previamente escogidas.

¹³ SABINO, Carlos (1991). *Diccionario de Economía y Finanzas*. Caracas: CEDICE.

En esta parte comienza la búsqueda de los socios, cooperadores, cómplices y ejecutores necesario para desarrollar el proceso y no solo eso se comienza a visualizar cual y/o cuales van a ser los engaños y maquinaciones necesarias para concretar el ardid que permita el desarrollo de una relación de causalidad que al final del día permita el beneficio económico que se aspira.

También es en esta fase de la planificación, que se empiezan a detallar las acciones que pueden ser necesarias, para en un primer momento hacer un negocio simulado y un proceso de selección y definición de opciones que abarca desde personas, recursos económicos y legales hasta recreación de situaciones fácticas, en las cuales no importa si las acciones a ejecutar son legales o no, o solo tienen la apariencia de reales, validos o legítimos, porque todas estas actuaciones deben ser sustentadas por la simulación diseñada.

Igualmente es en esta fase, que los perpetradores analizan las consecuencias legales de las acciones que diseñan para lograr la defraudación y deben prever como defender en un proceso judicial la veracidad del negocio simulado para que en el caso que el mismo sea descubierto por los terceros afectados en su patrimonio, tener los mecanismos procesales y legales para lograr el mantenimiento de la simulación en el tiempo.

Potencialmente, los mecanismos procesales y legales y/o como sucede en muchos de los casos lograr una negociación y/o un acuerdo reparatorio que les garantice como mínimo una ganancia derivada de las acciones defraudatorias diseñadas y planificadas o un grado de impunidad que los extraiga de las acciones de índole penal o civil que accionen las victimas ya que es un hecho notorio y relevante las demoras y los costos económicos que se ocasionan en los procesos judiciales que deben intentarse para el logro de la recuperación del patrimonio afectado o parte de este, tal obligación alcanza también a los particulares, particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente en las acciones que afectan a terceros.

En términos militares, pudiésemos señalar que los perpetradores diseñan cuando deciden iniciar un proceso simulatorio y defraudatorio un plan estratégico y táctico que les permita en el caso que sea descubierto el ardid diseñado, defender a el mismo con todos los argumentos y bases legales que les permita la Ley. Asimismo, estos actos, por un lado, los derechos civiles y

políticos serían derechos “de aplicación directa”, los derechos económicos, sociales y culturales serían de “aplicación diferida”, que en todo caso requieren la adopción. En este sentido, la *simulación*¹⁴ según Ossorio (1981), define como:

Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdaderos de un acto o contrato. La simulación de los actos jurídicos tiene lugar cuando se encubre uno con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten. De esa definición se desprende que la simulación puede tener dos finalidades aparentar un acto inexistente, u ocultar otro real; aspectos ambos que la legislación argentina recoge al expresar que la simulación es relativa cuando se emplea para dar al acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter; y absoluta cuando el acto jurídico no tiene nada de real...Con independencia del aspecto civil de la cuestión examinada, el acto simulado ilícito por ser contrario a la ley o por perjudicar a tercero puede configurar delito de falsedad o defraudación (p. 707).

Por otra parte, Pietri (1991), en su obra clásica en la doctrina nacional *Fondos de Comercio y Acción de Simulación*¹⁵ indica que:

Negocio simulado es aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad ya que no existe en efecto o bien porque es distinto del que se muestra exteriormente... el negocio que aparentemente parece serio y eficaz es por el contrario mentira y ficción o una treta para ocultar un negocio distinto. Tal negocio va destinado a provocar una ilusión en el público inducido a creer en su verdadera existencia o en su naturaleza, según ha sido declarada, mientras, por el contrario, o no se celebró un negocio diferente del que expresa el contrato (p. 233).

Por lo tanto, es importante aclarar que un acto es simulado cuando tiene todas las apariencias de una operación jurídica; sin embargo, en *rei veritate* no tiene ninguna eficacia es decir, no se considera que tiene una eficacia distinta de la aparente; debido a que esto depende de la convención intrínseca u oculta, manifestada cuando las partes han tenido en mente al celebrar un acción simulada.

¹⁴ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

¹⁵ PIETRI H., Alejandro. (1991). *Fondos de Comercio y Acción de Simulación*. Reimpresión. Caracas, Venezuela: Ediciones Fabreton.

Así como explica Pietri (1991), que cuando habla sobre los caracteres de orden legal, la simulación¹⁶, es:

A menudo fraudulenta, pero no tiene siempre ese carácter... Como elemento integrante del acto simulado, escribe Ferrara, debe concurrir el fin de engañar que anima a sus autores. Esto casi da el color y la razón de ser de la simulación, puesto que las partes recurren a tal artificio para hacer creer la existencia de un acto no real o en la distinta naturaleza de un acto serio, verificado... si bien es de reconocer que en la generalidad de los casos ella se hace en fraude a terceros o para encubrir una violación a la ley... ordinariamente tiene carácter ilícito con fines de perjudicar a terceros o de violar la ley (p. 233).

Por su parte Feltri Martínez (1983), al hablar sobre los caracteres de la simulación¹⁷ señala que los mismos son los siguientes:

(a) La disconformidad consciente entre la voluntad aparente y la voluntad real de los contratantes; (b) La existencia de un acuerdo entre quien emite la declaración y quien la recibe, de que tal declaración no será eficaz para producir efectos vinculatorios; y (c) La intención común a las partes de engañar a los terceros haciéndoles creer erróneamente en la existencia de un contrato eficaz. (p. 742).

Ahora bien, por cuanto no es el objetivo del presente estudio hacer una revisión exhaustiva de doctrina y en el derecho comparado sobre la simulación, no obstante, existe una extensa doctrina referente, revisando la misma y solo a los efectos informativos y complementarios nos quedamos con el autor uruguayo Tome Gómez (2008), la simulación¹⁸ (19), tiene:

Elementos internos, tenemos el *acuerdo simulado* y el *negocio simulado* que versan sobre la esfera síquica de los contratantes y que algunos de ellos son requisitos imprescindibles para la existencia del negocio simulado, y también tenemos los *elementos externos o contingentes*, cuya existencia no es determinante según se observará a continuación (p. 69).

¹⁶ PIETRI H., Alejandro. (1991). Ob. Citada.

¹⁷ FELTRI MARTINEZ, Mario (1983). *La Simulación en la Constitución de las Sociedades Anónimas*. Volumen 2. Instituto de Derecho Privado. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

¹⁸ TOME GÓMEZ, Miguel Ángel. (2008). *Negocios Jurídicos Simulados y Fraudulentos*. 2da. Edición. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

En este particular, los elementos internos y externos, son imprescindibles tanto el acuerdo simulado, como el negocio simulado entre los perpetradores de la acción, siendo el primero de estos la voluntad generalmente dolosa y la segunda la formalización y/o externalización de la acción simulatoria y fraudulenta, es decir la concreción del negocio simulado el cual se visibiliza en el momento que es publica dicha negociación. También, Tome Gómez (2008), señala, que son imprescindibles tres requisitos para la existencia de una simulación¹⁹, los cuales son: a) La divergencia deliberada y consciente entre la voluntad y su declaración, b) El entendimiento o acuerdo simulatorio entre las partes, y c) La finalidad de engañar a terceros. En este particular, el fenómeno simulatorio se podría resumirse en el comportamiento enfocado a hacer surgir en otros un falso juicio, induciéndolos a tomar en consideración una realidad en lugar de otra.

Como podemos observar el propósito de la simulación es siempre el engaño: defraudar a los acreedores o al fisco por ejemplo, perjudicar el derecho de terceros, de los herederos naturales en los casos relacionados con sucesiones y en donde inclusive se llegan a crear pasivos falsos o adjudicaciones de bienes que no se hicieran en vida, pero que son forjadas por los simulantes, para lograr el objetivo fraudulento en contra de sus co-herederos o el fisco, los socios o los terceros de buena fe con los cuales eventualmente pudiesen desarrollarse negociaciones presentes o futuras, como por ejemplo, las ventas de inmuebles sobre los cuales los perpetradores no poseen ningún derecho o que se deriven de ventas falsas o documentos y derechos forjados, con los cuales intentan burlar la ley.

En este contexto, la doctrina tradicional señala como un requisito para que se configure una simulación, que se establezca el propósito de engaño a terceros. El acuerdo el acto simulatorio, igualmente debe constituir el propósito de engañar a los terceros, provocando una falsa imagen a los mismos. Dicho engaño, permite a posteriori, concretar los fines que los simulantes se han propuesto al recurrir al mecanismo de la simulación.

Asimismo, la mayoría de los doctrinarios consultados señalan, que es imprescindible la existencia previa de un acuerdo entre las personas que van a participar en un proceso

¹⁹ TOME GÓMEZ, Ob. Citada.

simulatorio y posteriormente la materialización externa del negocio simulado acordado, para que el mismo efectivamente se realice, para ello citamos nuevamente a Tome Gómez (2008), quien indica²⁰:

Subsiste una contraposición entre dos declaraciones: una con eficacia externa, para oponer a los terceros, la otra con eficacia interna, para hacer valer entre las partes. Las partes no quieren producir ningún efecto, o quieren producir efectos diferentes respecto a los típicamente derivados...Nadie duda, que *se requiere un acuerdo entre los simulantes para producir el negocio simulado*; no es posible realizar un negocio simulado sin previo acuerdo entre las partes, donde los contratantes *declaran querer*, cuando en realidad, no quieren; y esta declaración, deliberadamente disconforme con su secreta intención, va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer. En efecto, los terceros que ignoran el concierto secreto de los contratantes y no pueden penetrar sus intenciones, creen en la verdad del acto realizado, entienden y tienen motivos para entender, que aquellas declaraciones contractuales son serias y han producido una transformación real en las relaciones jurídicas de las partes (p.70).

Para nosotros, el acto o negocio simulado es el Ardid, uno de los elementos fundamentales del Fraude que es diseñado, la maquinación o la artimaña que dentro de un proceso (no necesariamente encontrándose en esa fase del proceso dentro del ámbito judicial, pero si legal). Por cuanto es tal busca el perjuicio de un tercero amparado en la ley y los actos que esta permite ya que si bien es cierto al momento de su diseño se busca y se aspira por parte de los perpetradores que el acto simulado no llegue a un proceso judicial.

Igualmente en los procesos económicos, lo normal es que la voluntad expresada por las partes de un negocio jurídico refleje de manera más o menos fidedigna el deseo de los contratantes. Si bien esto ocurre las más de las veces, existen ocasiones en las cuales la deseada identidad entre la voluntad y la exteriorización de la misma ante el conocimiento de terceros se quiebra deliberadamente, y es allí cuando aflora la figura de la simulación.

También es cierto que deben prever la posibilidad real y cierta de que esto suceda. Además, Tome Gómez (2008), quien indica²¹:

²⁰ TOME GÓMEZ, Ob. Citada.

Así se consigue el fin de los que simularon; si lo que fingió fue una enajenación o una obligación, han hecho creer al público, o una transferencia de propiedad que no existe, porque la cosa aparentemente enajenada sigue en el patrimonio del enajenante, o en la constitución de una deuda puramente imaginaria, porque el deudor aparentemente no queda obligado, lo cual elimina prohibiciones (como por ejemplo las que impiden donaciones entre cónyuges), hacer pasar por capaz a un sujeto incapaz (o forjando firmas a ruego), posdatando o antedatando un contrato, simulando situaciones fácticas y en definitiva creando una serie de situaciones fácticas amparadas por una supuesta apariencia de legalidad, que permita en el caso de no lograr descubrirse el fraude diseñado, concretar el perjuicio económico en contra de los terceros de buena fe (p. 71).

Si bien la doctrina y la jurisprudencia de tiempo atrás han sentado las base de la teoría de la simulación, perfilando las características y elementos descritos que forman parte del fenómeno simulatorio, las cuales son parte de las posibilidades y maneras de intentar la acción de simulación y los efectos de la misma, lo cierto es que el asunto no ha sido del todo pacífico, ni mucho menos inmutable.

En efecto, la confusión entre la simulación ante las demás figuras jurídicas, como la nulidad, el contrato de mandato, el fraude de ley, el testaferrato en sentido lato, entre otras, así como en relación con sus efectos, ha llevado, al error de aplicar extensivamente a la simulación algunas reglas y principios ajenos e inaplicables, con evidente desmedro de esta teoría y notorias inconsistencias en su implementación. En este particular, la legitimación en la causa que tiene un tercero para incoar la acción de simulación se erige como claro reconocimiento de la posibilidad de que los efectos de un contrato se extiendan a personas, en principio, completamente ajenas a su celebración. En síntesis, la demostración del perjuicio actual y cierto de un negocio simulado en sí, bastará para entender que el actor tiene un interés serio y actual que ha sido amenazado con el acto en sí mismo.

2.6.2 Relación de Causalidad

Es un hecho cierto que para que se pueda concretar un proceso simulado y defraudatorio debe existir una relación de causalidad, en donde se deben complementar entre otras cosas, los sujetos perpetradores de la acción y o acciones simulatorias, quienes deben tener la capacidad y

²¹ TOME GÓMEZ, Ob. Citada.

condición necesaria para desarrollar los hechos facticos que pudiesen dar origen a la pretensión del autor intelectual y a concretar su apetencia económica, así como el deseo y la intención de causar un perjuicio a un tercero.

Así mismo, como deben encontrarse con las personas idóneas para concretar el plan diseñado y buscar las circunstancias de forma, tiempo, modo y lugar que permitan la materialización de los actos simulatorios, que deriven en el negocio simulado, es decir en el acuerdo falso que tendría visos de realidad y de legalidad por estar supuestamente amparado el acto o acuerdo por la norma legal que impera en ese momento, lo que produciría en principio que dicho acto pueda ser considerado como válido.

También puede suceder que la norma que ampara u obliga a una conducta determinada en una situación de hecho es desechada, omitida u obviada por los perpetradores por cuanto la norma como tal afectaría los beneficios económicos que se derivarían del acto simulado, lo cual es un evidente acto de mala fe, que se encuentra enmarcada dentro de la conducta dolosa, por cuanto todo forma parte del engaño necesario para concretar el ardid y en consecuencia, si la simulación no es descubierta concretar el perjuicio económico en contra de la víctima.

Es decir, debe existir una situación fáctica que de origen a un derecho y/o al supuesto derecho que pretende hacer valer el perpetrador, la cual le permite diseñar y planificar los actos simulatorios y fraudulentos. El co-propietario, el comunero, el co-heredero, el socio, el cónyuge, el funcionario público, el abogado, el médico, el estudiante y en general cualquier persona, que ante una situación de hecho determinada puede suscribir, recrear o hacer constancia de la realización de un acto que tenga consecuencias jurídicas que, si bien no es cierto, pudiese si no es descubierto y atacado debidamente ser considerado como válido.

Sin embargo y aun y cuando la *causa simulandi*, no es un elemento externo para probar la simulación de un hecho cualquiera, determinar el porqué de la materialización de ese hecho, permite en muchas ocasiones para probar la motivación de los agentes perpetradores y en consecuencia la mala fe y el animus doloso de los mismos.

En materia de investigación policial existe un axioma en el campo de los delitos económicos que indica que “*se debe seguir el dinero*” ya que al encontrarse a quién en el principal beneficiario del delito, es posible encontrar la causa y motivación que origina dicha conducta. Tome Gómez²², indica:

La *causa simulandi* es el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, el motivo que induce a dar apariencia a un acto jurídico que no existe, él porque del engaño, y como en el orden del accionar humano y, más aún, en el mundo de los negocios jurídicos, no es verosímil un actuar sin causa, sin motivo determinante, es decir la comisión de un acto que no responda a una finalidad predeterminada, puede concluirse afirmando que el engaño, que es la esencia de toda simulación, obedece siempre a una misma causa (p.79).

Como es evidente en la mayoría de los casos, los perpetradores persiguen un beneficio económico, para ello hacen un análisis costo-beneficio y un estudio del costo de oportunidad de la acción y/o conjunto de acciones que deben desarrollar que eventualmente les permite determinar la rentabilidad o no de las acciones diseñadas y planificadas, así como el nivel de riesgo personal, económico e inclusive profesional que corren al desarrollar ese tipo de conductas.

Es decir los perpetradores cuando crean la apariencia de un negocio y/o de una situación fáctica que se encuentra amparada en la normativa legal, que cumple externamente con todo tipo de formalidades legales (inclusive a veces con la cancelación de impuestos al fisco y/o a quien corresponda) lo ejecutan con la real intención que dichos actos puedan ser considerados absolutamente válidos y que solo al ser revisado exhaustivamente por la víctima y/o sus representantes legales pudiesen estos descubrir la existencia de una simulación y una conducta fraudulenta y acudir si es ello posible al sistema de administración de justicia para denunciar el fraude y el perjuicio económico concretado.

Además, la *causa simulandi* aunque no es exclusiva del área del derecho, se encuentra mucho en el derecho inmobiliario, en donde se materializan ventas de inmuebles por personas que no poseen el derecho real de hacerlo, se diseñan y montan tratos inmobiliarios paralelos,

²² TOME GÓMEZ, Ob. Citada.

con la finalidad de más adelante en el tiempo “lavar” el inmueble con una supuesta operación realizada con un tercero de buena fe, cuya conducta en algunas ocasiones.

También la causa simulandi, esta concatenada en esta legitimación del despojo patrimonial ya que debe presumirse la validez y la autoritas del funcionario de registro inmobiliario que legitima esa última operación o como también en el mundo de compra-venta de vehículos automotores, en donde y a pesar de algunos intentos de correctivos desarrollados por en este caso el Estado Venezolano, también es frecuente ver la compra-venta de vehículos provenientes del delito, por solo citar dos tipos de casos recurrentes en el ámbito nacional.

La idea repetimos es hacer ver los actos simulados como si fuesen efectivamente reales y que los mismos efectivamente manifiestan la intención y la voluntad de las partes que los suscriben o materializan desde su origen y que en forma alguna puedan ser invalidados sin una investigación y análisis profundo por parte de los terceros interesados o por la víctima la cual por desconocimiento, inexperiencia o mala asesoría pudiese considerar dichos actos como legalmente validos o inatacables. García Máynez²³, define la relación de causalidad como:

La realización entre el supuesto jurídico y su realización efectiva es contingente. Esto significa que la existencia de la norma no determina el hecho de la realización del supuesto... El enlace entre la relación del supuesto y la producción de las consecuencias jurídicas es, necesario (p. 175).

Es decir, deben existir unos hechos previos que dan origen a una causa a través de una relación que es necesaria se desarrolle entre distintos actores y que producen a través de algún tipo de conducta (la cual puede ser activa o pasiva) un cambio en la realidad exterior y en consecuencia un cambio en el status jurídico de una persona, un bien o un derecho, como producto del efecto que generan esas conductas en el mundo.

Dichas conductas deben obedecer a un diseño y una planificación y a la intención dolosa de los perpetradores, el azar poco juega en los procesos defraudatorios, la mayoría de las actuaciones, por lo menos en la fase ejecutoria de la simulación están previstas, es decir los

²³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (2012). *Introducción al Estudio del Derecho*. Trigésima Primera Edición revisada. S.A Buenos Aires. Argentina: Editorial Porrúa

actos que se generan por el acuerdo de la voluntad colusoria, dejando solo al azar, la posibilidad o no de que el fraude sea descubierto y atacado a tiempo por la víctima, quien pudiese o no enterarse del proceso que fue incoado en su contra.

Sin embargo, esa circunstancia también puede ser prevista por los perpetradores, quienes inclusive, pueden haber desarrollado en su planificación la posibilidad de enfrentar y como enfrentar los procesos judiciales que en su contra pudiesen intentar la o las víctimas de la defraudación cometida y tener previstas las medidas defensivas que para tal fin, pudiesen serles útiles en la defensa del acto simulatorio que en principio y por haber cumplido con todas las formalidades de la ley, puede ser considerado como perfectamente válido. Es decir, esta situación dependerá de la casuística, las realidades de cada caso, varían de situación en situación, ya que inclusive la aplicación de la ley también puede cambiar en virtud a las circunstancias que rodeen al mismo.

2.5.3 Acordar, Asociar, Colusionar, Concierto, Convenir y Pactar

En jurisprudencia, existe una serie de términos que tienen vinculaciones tanto en el aspecto semántico, como en las implicaciones legales que tienen con el tema de esta disertación, las cuales son consideradas importante para la comprensión del tema tratado; a continuación de abordarán cada una de ellas.

Al revisar la literatura, se encontró a Cabanellas (1989), quien define el término *acordar*²⁴, como “resolver de común acuerdo o por mayoría de votos... conciliar, conformar” (p. 109). En el ámbito del Derecho, implica una decisión tomada en común por dos o más personas, o por una junta, asamblea o tribunal.

Igualmente, según Cabanellas (1989), explica que todo proceso debe *acordarse*²⁵, es decir “Ponerse de acuerdo (v.); proceder de modo coordinado” (p. 109). Por lo tanto, es la manifestación de una decisión por consenso o convergencia de voluntades, con el fin de

²⁴ CABANELLAS, Guillermo. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

²⁵ CABANELLAS, Guillermo. (1989). Ob. Citada

producir efectos jurídicos. Por otra parte, Cabanellas (1989), explica que una *asociación*²⁶, es una:

Acción y efecto de sumar actividades o esfuerzos || Colaboración || Unión. || Junta. || Relación que une a los hombres en grupos o entidades organizadas; donde al simple contacto, conocimiento o coincidencia se agrega un propósito, más o menos duradero, de proceder para uno o varios objetos (p. 392).

Siguiendo con la definición de términos, Ossorio (1981), expresa que una *colusión*²⁷, es “pacto o proceder con daño a tercero” (p. 135). Su procedencia del latín *collusio* deriva del verbo *colludere*, es decir una combinación de acciones realizadas con otras personas para perjudicar a un tercero con objeto de engañar o perjudicar a un tercero.

De esta manera, manifiesta Ossorio (1981), al colusionar²⁸, “el que defrauda o perjudica mediante colusión (v.)” (p. 135). Se trata de un fraude procesal y asociación ilícita, consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en violentar las normativas legales. En un principio lícito, la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la administración pública.

Potencialmente, según Ossorio (1981), al *concertar*²⁹, implica “contratar, pactar, componer, ordenar, arreglar, ajustar, tratar o acordar un negocio (p. 135). Es una especie de tratado en dos o más personas, donde se comprometen a llevar a cabo un objetivo común y se entiende como un contrato en términos legales.

A este tenor, Cabanellas (1989), define como un *concierto*³⁰, “convenido entre dos o más personas sobre alguna cosa. Todo contrato exige concierto de voluntades o no habría lazo jurídico entre contrastantes (p. 304). Implica pactar algún asunto o tema con la finalidad de coordinar acciones conjuntas acordadas.

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. (1989). Ob. Citada

²⁷ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

²⁸ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

²⁹ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

³⁰ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada

Equivalentemente Ossorio (1981), el contrato³¹, implica una convención, pacto, tratado (p. 176). Es por tanto, se trata de un acto privado entre dos o más partes destinado a crear obligaciones y generar derechos. Un contrato es un acuerdo jurídico entre dos o más partes que generan derechos y obligaciones.

En definitiva, Ossorio (1981), precisa que el *pacto*³² es un “concierto o acuerdo en que dos o más personas o entidades se convienen para una cosa determinada obligándose a su observancia. En términos generales equivale a contrato, convención o convenio” (p. 525). Es el acto jurídico por el que dos o más personas conciertan o convienen en asumir determinadas obligaciones y/o derechos comprometiéndose a su cumplimiento. Las anteriores definiciones persiguen señalar la necesaria materialización de un acuerdo o concierto de voluntades entre todas las personas involucradas en un proceso simulatorio y defraudatorio, aun y cuando no todas tengan un grado de participación igual en el mismo ya que para poder concretarse y lograr el fraude y el consecuente perjuicio económico a la víctima, el mismo pasa por distintas etapas, tal y como ya ha sido señalado.

Es aquí en donde los actores o sujetos activos de la defraudación dependiendo de su participación encajan su conducta en los distintos tipos penales: Autoría, Cooperación, Complicidad, Detentador o Asociado entre otros, ya que cada persona a lo largo del proceso debe cumplir un rol o un papel con la cual se pretende legitimar la defraudación fraguada, ya que no puede tener la misma responsabilidad (y por ende el mismo beneficio) los autores intelectuales o materiales del proceso defraudatorio, que por ejemplo un testigo o un experto falso, que se limita dentro del proceso a afirmar la existencia de un hecho falso, el cual fue diseñado y planificado por los dos primeros.

Nuestra legislación penal contempla el delito de Agavillamiento³³, el cual ha sido ampliado en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo en su artículo 37 en donde se señalan diversos tipos de conductas inclusive algunas

³¹ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Citada.

³² OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

³³ CÓDIGO PENAL VENEZOLANO. (2006). *Artículo 462*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.38.412, abril 4, 2.006. Decreto Nro. 368. Caracas.

de ellas lícitas que si se encontrasen dentro del marco o concierto de una actividad simulatoria y defraudatoria determinarían un grado de participación de una persona en particular en el delito principal perseguido, como por ejemplo podría ser la venta de cosas provenientes del delito, la cual está tipificada en el artículo 470 del Código Penal.

Un fraude o una estafa bien pudiese ser concretada por una sola persona, pero para un proceso simulatorio y defraudatorio es imprescindible que exista el concierto de voluntades, el ánimo doloso y la causa simulandi con el fin de obtener un beneficio económico para los autores de la conducta o para un tercero en perjuicio de la víctima.

Los autores del fraude tal y como hemos indicado anteriormente deben diseñar y planificar el mismo, en sus distintas fases o etapas y manejando tanto las formas, como los tiempos, como por ejemplo cuales son las acciones a realizarse para concretar el fraude (por ejemplo, forjamiento de un documento de compra venta).

2.7 Fase 3.

2.7.1 Ejecución de los procesos civiles, pudiendo ser estos administrativos o judiciales (fraude procesal) que concreten la defraudación económica originada en una simulación

Ya concertados los acuerdos de voluntades, diseñado y planificado lo que se debe hacer y también posiblemente previsto (es lo que haría un profesional aun y cuando en muchas ocasiones y en virtud a los beneficios económicos que se persiguen, se tiran una parada por decirlo coloquialmente y juegan al azar) las posibilidades de éxito o no de la simulación y la defraudación perseguida, viene la parte ejecutiva o práctica de la misma. La pregunta que viene después de *yo quiero y con quien lo vamos a hacer, es como lo vamos a hacer.*

Ahora bien, para realizar ese análisis, es necesario presentar en este trabajo las definiciones doctrinarias de Fraude, las cuales tal y como se hizo con el tema de la Simulación se hará someramente ya que no es el objetivo principal del estudio y existe amplia doctrina y jurisprudencia al respecto, por cuanto lo que se busca es la demostración de la necesidad de concertar y coordinar las distintas conductas de los perpetradores para el logro del objetivo final, que no es otro que la defraudación patrimonial y el perjuicio económico de la víctima. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia

Española (2020), define como *estafa* como una “acción y efecto de estafar” (p. 906) Y como *fraude*³⁴, lo siguiente:

Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete. Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de tercero. Der. Delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos, e incluso de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos (p. 994)

En consecuencia Ossorio (1981), define la *estafa*³⁵ como:

Delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose por cualquier ardid o engaño; tales como el uso del nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación (p.297).

En consecuencia Ossorio (1981), define el *fraude*³⁶, cuando dice “en general, engaño, abuso, maniobra inescrupulosa... Inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño. S. engaño, dolo, trampa, estafa, timo, fraudulencia, simulación, superchería, robo, defraudación, falacia (p. 297). En este tenor, representa un acto ilegal realizado por una o varias de las personas físicas o jurídicas encargadas de estar alerta en pro del cumplimiento de contratos públicos o privados para conseguir algún provecho.

Igualmente, Cabanellas (1989), define al *fraude*³⁷, desde un sentido general, “en un engaño, abuso de confianza, acto contrario a la verdad o a la rectitud. Inexactitud consciente, abuso de confianza que produce o prepara un daño. S. Engaño, dolo, trampa, estafa, timo, fraudulencia, simulación, superchería, robo, defraudación, falacia” (p.304). Así, se incurre en los aspectos procesales o *fraude de ley*, que consiste en engañar a un juez en un proceso judicial, donde se usan artificios de timo o estafa.

Por otra parte, señala el Diccionario Temático Sinónimos y Antónimos (1980), define la *estafa*³⁸, como: “pedir o sacar dineros o cosas de valor con artificios y engaños con ánimo de no pagar.

³⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020). Versión Electrónica. Disponible en: <https://www.rae.es>

³⁵ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada

³⁶ OSSORIO, Manuel. Ob. Citada.

³⁷ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Citada.

³⁸ DICCIONARIO TEMÁTICO SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS (1980) Estafa. España: Editorial Everest S.A.

Revista de la Facultad de Derecho N° 76.

2022-2023

ISSN: 2790-5152

S. Timar, engañar, defraudar, sablear, solaliñar, birlar, trampear, truhanear”. En el mismo tenor Cabanellas define como *estafa*³⁹:

Delito en que se consigue un lucro valiéndose del engaño, la ignorancia o el abuso de confianza. Toda defraudación hecha a otro en lo legítimamente suyo. Apoderamiento de lo ajeno con aparente consentimiento del dueño, sorprendido en su buena fe o superado en su malicia. Pedir con ánimo de no pagar; cobrar dos veces; negar el pago recibido, etc., entre otras formas concretas. Falsa promesa; ofrecimiento incumplido (p.304).

La revisión de los aspectos conceptuales, permite afirmar que el fraude procesal es un delito de estafa agravado que se comete en un procedimiento judicial de cualquier clase manipulando las pruebas o empleando otro fraude procesal análogo y provocando error en el juez o tribunal, llevándole a dictar una resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

En este contexto jurídico, los artificios en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o empleen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

Finalmente establece el Código Penal Venezolano en su artículo 462 describe los artificios⁴⁰, con la siguiente explicación:

El que, con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno, será penado con prisión de uno a cinco años: a) En detrimento de una administración pública, de una entidad autónoma en que tenga interés el Estado o de un instituto de asistencia social. b) Infundiendo en la persona ofendida el temor de un peligro imaginario o el erróneo convencimiento de que debe ejecutar una orden de la autoridad. El que cometiere el delito previsto en este artículo, utilizando como medio de engaño un documento público falsificado o alterado, o emitiendo un cheque sin provisión de fondos, incurrirá en la pena correspondiente aumentada de un sexto a una tercera parte (p.108).

³⁹ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Citada

⁴⁰ CÓDIGO PENAL VENEZOLANO. (2006). Ob. Citada.

Como se evidencia de las definiciones antes expuestas, *ocultar, esconder, engañar* son las estratagemas básicas a desarrollar dentro de un proceso simulatorio y defraudatorio que buscan asegurar el resultado que se persigue. Es aquí, cuando los perpetradores deciden qué acciones tomar para hacer en un primer momento el negocio simulado y el cual si no es descubierto, atacado y/o defendido debidamente por la víctima(s) concretaría la defraudación patrimonial planificada, causándose así el perjuicio económico al tercero y por efecto cascada el beneficio a los perpetradores y los coparticipantes que en distinto grado participaron en el proceso ya que ninguno de estos puede luego venir dentro de un proceso judicial que bien pudiese desplegarse a desmentir la conducta por él asumida era desconocida que iba a causar un perjuicio al tercero, por lo cual inclusive se pudiese llegar a afirmar que se pudiese ser cómplice por el delito de omisión de declarar y/o avisar la existencia de un proceso simulado y defraudatorio.

2.7.2 Conductas Delictivas que Conllevan al Fraude

Las conductas que señalaremos seguidamente solo son algunas de las que se encuentran tipificadas en la ley y que pudiesen ser consideradas necesarias y complementarias para la concreción de la simulación y el *fraude fraguado* por los perpetradores, el cual es el *delito principal* de todo el proceso diseñado y las cuales tal y como ya hemos señalado anteriormente deben ser concertadas entre todos los perpetradores en un mayor o menor grado de compromiso, para que la defraudación patrimonial sea concretada. Dichas conductas son las siguientes:

- 1. Simulación fáctica de hechos civiles y penales*
- 2. Forjamiento de documentos públicos y privados (Contratos, declaraciones de voluntad, Títulos Supletorios; Actas de Estado Civil, instrumentos cambiarios o financieros, Facturas, etc.)*
- 3. Ventas falsas de bienes muebles e inmuebles*
- 4. Cadenas inmobiliarias forjadas*
- 5. Empresas falsas y el desarrollo de distintas actividades empresariales diseñadas para engañar a los socios, a los terceros e inclusive al mercado*
- 6. falsos testimonios*
- 7. Incumplimiento de acciones de estricto cumplimiento legal (como por ejemplo omisiones legales o inclusive de índole moral)*
- 8. Demandas falsas o simuladas.*

9. *Ofertas engañosas*

10. *acuerdos colusorios dentro de un proceso judicial*

Consideramos que estas son solo una muestra de las conductas colusivas más importantes y de mayor y continuo uso en el desarrollo de estos procesos simulatorios, sin embargo, ellas no son las únicas activas o pasivas, que pudiesen ser consideradas como complementarias y/o accesorias al fraude diseñado a través de la materialización de una simulación ya que también pueden formar parte de esta conducta delictual de ese tipo de procesos otro tipo de conductas propias de la naturaleza humana.

Ahora bien, es imprescindible que, al momento del diseño y la planificación del Fraude que el negocio simulado pueda ser sostenido y defendido con posibilidades de éxito dentro de un proceso judicial, si por cualquier razón se llegase a esa etapa del proceso ya que los actos desarrollados por los perpetradores para que tengan efectos jurídicos en la sociedad obligatoriamente deben cumplir con las debidas formalidades legales que sean necesarias realizar para que los mismos tengan efectos jurídicos frente a terceros, por lo que como actos jurídicos como tal, los mismos pueden ser atacados por los terceros sorprendidos en su buena fe, sean estos las victimas originarias del perjuicio económico causado, sus herederos o cualquier tercero que tenga interés directo en los resultados del negocio simulado.

Es decir, si es una compra-venta el documento debe ser inscrito ante la respectiva Oficina de Registro competente, si fuese un inmueble y tener todos los visos de validez, si es una Asamblea de Accionistas deben cumplirse con las formalidades necesarias para que la misma sea considerada valida, es decir entre otras cosas la convocatoria y el quorum de la misma, si es una denuncia por una supuesta agresión física, como por ejemplo lesiones ocasionadas en un conflicto intrafamiliar para iniciar una acción por ante la jurisdicción de violencia contra la mujer debe simularse bien, la situación fáctica que origina el supuesto daño para proceder con la denuncia y tener las pruebas necesarias para poder probar la supuesta agresión, si son los supuestos derechos amparados por un título supletorio que ampara la construcción de unas supuestas bienhechurías sobre la cual se aspira la propiedad o el supuesto reconocimiento de una firma en un documento privado para transformarlo en un documento público y “garantizar” la existencia de un supuesto derecho debe ser esto realizado ante la autoridad competente, estas acciones deben tener por lo menos las formas legales y procesales para tener validez.

Por otra parte también es probable que se desarrolle y planifique ese Fraude, dentro del marco de un proceso judicial o con la búsqueda del mismo, para que este complemente el proceso defraudatorio

como tal y es aquí cuando nos encontramos ante la figura del Fraude Procesal ya que es aquí en donde las “partes” y se denominan partes, porque supuestamente representan intereses distintos, colusionan dentro del proceso para por ejemplo, tranzar antes del juicio alegando que se hace para evitar ese proceso judicial, es decir realizando previamente una transacción o un convenio de conformidad con el artículo 1.713 del Código Civil y luego pedir la ejecución del mismo en un proceso judicial por incumplimiento, demandar a una persona con la esperanza que esta no llegue a tener conocimiento del proceso inclusive ante una jurisdicción distinta a la que correspondiese, demandar a una persona sin que esta sea la que posea el derecho, pero que esta convenga que los derechos en juicio le pertenecen aun y cuando los mismos realmente sean de un tercero para con esa acción, obtener una sentencia que valide el despojo patrimonial y obligue en consecuencia a intentar procesos judiciales de recuperación de sus bienes o derechos de altos costos en tiempo y dinero o como también pueden intentarse procesos presentando personas que usurpando la identidad del legítimo propietario del bien o derecho, se hacen pasar por este para renunciar y/o litigar (sin fuerza) el derecho o bien que es objeto del despojo y/o usurpando cualidades técnicas o profesionales en una determinada situación fáctica (como por ejemplo usar un mandato falso o pretender poseer una cualidad técnica que no se posee) que validen los actos y acuerdos simulados pactados.

Esta situación igualmente se observa, cuando “supuestos terceros” de buena fe, se presentan dentro de un proceso alegando un mejor derecho sobre el bien objeto del litigio con la presentación de supuestas pruebas que intentan sustentar la ineficacia o nulidad del proceso que es accionado para la defensa de un derecho.

En más de una ocasión se han presentado terceros dentro de un proceso de ejecución de una sentencia o de una medida preventiva o ejecutiva alegando tener un mejor derecho o ser los propietarios del bien en litigio con la presentación de títulos privados y/o públicos que han sido forjados en convivencia con el deudor o inclusive con funcionarios públicos, para así perjudicar a el acreedor y el mandato de la ley.

Estas situaciones anteriormente descritas son solo algunas de las múltiples posibilidades con las que nos podemos encontrar para la materialización de un negocio simulado ya que tal y como hemos indicado anteriormente los actos humanos son distintos y diversos y para calificar a los mismos en muchas ocasiones se depende de la actitud y condición de la persona que la ejecuta y cuya conducta

puede ser dolosa o no y esto último forma parte de lo que hay que demostrar en un proceso de desmantelamiento del Fraude montado para la defensa de los bienes y derechos de la víctima.

También se presenta esta situación cuando, la víctima por cualquier medio tiene conocimiento del despojo y debe iniciar el proceso judicial para la recuperación o defensa de sus bienes y los abogados de los perpetradores (que pudiesen ser o no los que diseñaron de origen el proceso defraudatorio) ejecutan cualquier clase de defensas y artimañas para lograr el desistimiento de la víctima de su acción de recuperación de su derecho inclusive por cansancio o abandono o lograr una sentencia que por las razones que fuesen validen el acto y el acuerdo simulado, todo lo cual puede ser suceder dentro de un proceso administrativo o judicial, lo cual constituye tal y como ya hemos señalado un fraude procesal tal y como lo definió Cabrera Romero en la decisión de la Sala Constitucional antes citada.

2.8 ¿Cómo Desmontar Un Proceso Defraudatorio Simulado?

Este es el tema real del presente trabajo, como hacer para descubrir cuando nos encontramos ante un acto o negocio simulado, el engaño y el fraude que se originó y lograr compensar el perjuicio ocasionado, ello no es fácil ya que cada caso se presenta en forma distinta, aun y cuando tienen unas líneas generales con características comunes, cada caso tiene aristas o relaciones distintas que pueden dificultar en un primer momento el descubrir por qué y el cómo se diseñó y se fraguó el negocio simulado y en consecuencia el fraude.

Cada proceso defraudatorio es distinto, en razón de las condiciones personales, morales y emocionales de los actores involucrados, también varían las condiciones de modo, tiempo, lugar y la motivación de las personas, así como los costos y beneficios que eventualmente se pueden generar en cada operación.

Debemos recordar que en principio cuando nos encontramos de entrada con el caso observamos actos jurídicos que a simple vista pudiesen ser considerados como válidos, los cuales inclusive en algunos casos se encuentran avalados por los funcionarios del Estado y quienes también y lamentablemente en ocasiones se encuentran involucrados también en dichas operaciones.

Por lo que lo primero que tiene que hacer un profesional que se encuentra frente a una situación de esta naturaleza ante el llamado del cliente es recopilar toda la información que se origina del relato del mismo y también de sus relacionados más cercanos, no solo hacer las preguntas que se relacionan directamente con el negocio simulado y el fraude que han sido concretados, sino desarrollar un proceso

de investigación sobre el entorno, relaciones y antecedentes no solo de la negociación y el proceso que se presenta ante él, como un acto concluido como generalmente es presentado el caso sino también de todas las personas directa o indirectamente relacionadas con el mismo y con la víctima, para luego pasar a analizar todos esos retazos de información y tratar de visualizar y ensamblar el que y como se hizo el diseño y la planificación del proceso defraudatorio.

Muchas veces, debe apelar a su instinto o intuición personal y profesional para poder determinar cuándo lo que le es presentado por la supuesta víctima, es cierto o no y poder determinar si los hechos y las pruebas que supuestamente ampararían el derecho del cliente pueden ser considerados como válidos o como suficientes para intentar dismantelar la simulación y el fraude fraguado.

El abogado no puede bajo ningún concepto en un proceso de esta naturaleza, dar como válidos por un simple vistazo las pruebas que le presenta no solo su potencial cliente, si no las pruebas que amparan o sustentan el derecho de los supuestos (en esta etapa del proceso) defraudadores.

El profesional tal y como un jugador de ajedrez cualquiera, debe pasar a revisar los pasos desarrollados por los perpetradores en la hasta ese momento supuesta simulación en cada etapa del proceso, es decir desde los inicios de la relación de los perpetradores con la víctima o con el bien o derecho que esta última señala que fue objeto del despojo, si es que ya se encuentra ante una situación que pudiese considerarse definitiva, como una sentencia definitivamente firme, el vencimiento o caducidad de las acciones que pudiese tener la víctima para intentar recuperar sus bienes o sus derechos.

También puede, porque es ello posible que al acudir el potencial cliente ante la consulta del abogado existan aun la posibilidad de ejecutar medidas que permitan el ejercicio de mecanismos de defensa procesal que impidan la materialización del proceso, es decir el fraude como tal no se haya concretado o existan medidas legales que permitan accionar en la defensa de los bienes y derechos de la víctima. Todo esto para ver si el caso como tal, tiene posibilidades reales de éxito en la recuperación y/o defensa de los bienes o derechos de la víctima.

Ahora bien, muchas veces lamentablemente no es posible hacer nada por el vencimiento de los lapsos y otras situaciones como el desprendimiento por parte de los estafadores de los bienes o derechos a favor de un tercero, el cual este si ha obrado de buena fe impide el ejercicio con éxito de las acciones legales que le corresponderían a la víctima para intentar resarcirse del daño causado ya que generalmente los estafadores tienden luego de concretado el despojo tienden a desaparecer.

Ejemplos de lo anteriormente expuesto, serían el caso de aquella persona que adquiere un artículo de libre comercio en un establecimiento que tiene como objeto social el desarrollo de ese tipo de operación, es decir un bien cuya posesión equivale a título, una joya, un metal precioso, dinero, un electrodoméstico o un repuesto automotor no seriado o aquella persona que adquiere un inmueble en una segunda o tercera operación de compra venta, que se realiza luego del fraude inmobiliario detectado, siempre y cuando este tercero no tenga relación directa familiar o societaria con los perpetradores directos, en esa cadena inmobiliaria ya que en este caso pudiese ser posible atacar toda la cadena inmobiliaria si se encuentran los elementos probatorios suficientes para intentar dicha acción, pero es esta la excepción.

Si el tercero adquirió el bien o derecho perseguido (como bien pudiesen ser acciones libradas al portador) en un establecimiento comercial que se dedica a dicho ramo comercial, este bien puede alegar la buena fe, por lo que allí nos encontraríamos ante una operación de lavado, por ejemplo.

Aquí es donde se debe informar al cliente, si su derecho puede ser defendido con algunas probabilidades de éxito o si vale la pena hacerlo, porque hay que dismantelar o desmenuzar todo el proceso simulatorio y defraudatorio diseñado por los perpetradores y sus abogados desde su origen e inclusive defenderlo dentro de un proceso judicial de naturaleza civil o penal en donde así la víctima accione en contra de los perpetradores, si ya han vencido los lapsos procesales dentro del proceso o caducado la posibilidad de ejercer las acciones por el vencimiento de los lapsos, no hay forma de defenderles sus derechos.

Como todo juicio se tiene posibilidades de ganarse o perderse por cualquier razón o los costos del proceso pudiesen ser superiores al valor del bien o derecho que se pretende recuperar.

Sin embargo y a pesar de ello, algunos profesionales inescrupulosos sabiendo que no existe posibilidad alguna de recuperación del activo y o activos que fueron despojados a la víctima, en muchas ocasiones incitan a esta a intentar acciones legales que carecen de posibilidades reales de éxito.

Ahora bien, el profesional debe analizar el origen de toda relación previa existente entre todas las partes involucradas en el proceso, tanto las que existían entre los perpetradores y la víctima, como las que existían entre estos y también la que pudiese existir entre los co-participantes en menor grado de participación en el proceso de simulación y de fraude para poder así determinar el nivel de compromiso de estos y la motivación que tuvieron para poder inclusive atacar sus actuaciones dentro de un proceso legal ya que el nivel del compromiso es diversamente proporcional al beneficio económico que obtiene cada persona en la defraudación .

En muchas ocasiones atacando los eslabones más débiles de esa cadena, es posible lograr descubrir el entramado total del proceso defraudatorio, en alguna ocasión tuvimos la experiencia de un pariente directo quien señaló al fiscal que conoció de la causa, dicho ciudadano indico: “yo sabía que le estaban quitando los bienes de la herencia a mis sobrinos, pero no me metí en eso, yo solo preste algún recurso, porque el pleito era de mis hermanos con mi cuñada y mis sobrinos”, el logro de esta confesión ayudo a desenmascarar todo el proceso defraudatorio, también es posible atacar a testigos o expertos que declaren sobre hechos falsos dentro de un proceso ya que generalmente lo que motiva a estos personajes es el interés crematístico y su riesgo personal de enfrentar un juicio penal por Falso Testimonio ante Funcionario Público o Perjurio, los hace reconsiderar su posición inicial.

También es posible que algunas personas actuando de buena fe, se hayan visto sorprendidas en el entramado montado por los perpetradores ya que como hemos indicado desde el inicio del presente trabajo, estos actos, acuerdos o negocios simulados poseen en principio todas las características de un acto o negocio jurídico valido.

Otro ejemplo, tomado de nuestra propia experiencia profesional, es el seguir el axioma de investigación policial que con respecto a los delitos económicos se enseña en todas las policías del mundo esto es seguir el dinero ya que si es esto posible se podrá determinar quién es el principal beneficiario de la estafa y por efecto cascada el origen de la defraudación.

Importante revisar los movimientos financieros de todas las personas involucradas en el proceso defraudatorio, para seguir las trazas del dinero, verificar si efectivamente se ejecutaron las operaciones dinerarias que eventualmente se pudiesen encontrar en los soportes legales que sustentan la simulación.

Igualmente es importante revisar y analizar detalladamente la línea del tiempo, inclusive no solo de los hechos que son simulados y su proceso hasta culminar la defraudación, es a veces necesario y pertinente revisar los hechos que son muy anteriores al proceso y en donde se pudiese observar cuales son o eran las relaciones previas entre todas las personas participantes, lo cual en muchas ocasiones tal y como lo hemos observado directamente en tres (3) procesos defraudatorios, los perpetradores diseñan y planifican el proceso como tal, buscando como es evidente no llegar a proceso judicial alguno, pero si llegasen a este por cualquier causa, intentan otros paralelos, detienen o hacen avanzar otros que tenían abiertos, pero paralizados o inclusive esperan como en uno de esos casos antes citados hasta más de una década para que cambien los jueces que conocieron de la causa original y la cual no les favoreció, para obtener con unos nuevos jueces, decisiones que avalen el proceso defraudatorio.

También nos ha sido posible observar entre otros casos prácticos, que la materialización de un acuerdo simulado se hace generalmente a través de un contrato determinado, el forjamiento de un acta de asamblea en donde no hay quorum y se produce la falsificación de firma, la realización de un compra-venta, el reconocimiento de un documento privado contentivo de una obligación o una dación en pago por una deuda ficticia de una persona que no se encuentra, que nunca ha suscrito dicho documento o inclusive que ha fallecido y que luego es dejado correr en el tiempo para luego de vencidos los lapsos para que la víctima del despojo pueda optar por ejercer las acciones legales para la recuperación del bien o derecho objeto del despojo o el fallecimiento del principal beneficiario de ese derecho, ejecutar la acción, lo cual hace que a veces los herederos de esta persona, desconozcan la existencia de este y que una vez que se dan cuenta del mismo ya no tienen acciones que ejercer y/o sus costos son demasiado elevados, por lo cual desisten de cualquier acción legal para recuperar sus derechos quedando la simulación, la estafa y el fraude amparado con la impunidad.

Por ello consideramos imprescindible en estas labores de desmantelamiento del fraude realizado a través de un acuerdo o negocio simulado, el desarrollo de una línea de tiempo en la cual no solo se reflejen los hechos, negocios, actos o procesos jurídicos involucrados, sino la identificación de todos los participantes, las motivaciones de estos para participar en el proceso y la ubicación de los mismos, así como las circunstancias de forma, modo y lugar en las que se encuentran en ese momento y en los momentos de ejecución de los distintos actos que concretan la simulación y la defraudación, muchas veces las personas afirman haber estado en un lugar, cuando dicho hecho no es posible.

No es la primera vez, que una persona afirma estar en un lugar, por decir en Venezuela en una fecha determinada o en una ciudad o pueblo y se observa en el movimiento migratorio expedido por la autoridad competente que la persona no se encontraba en el país o en el sitio que ella ha señalado en el juicio o en el proceso, también sucede que esta persona afirma que no se encontraba y aparece la persona firmando por ejemplo un documento público ante una oficina de registro o una entidad bancaria, en una fecha cierta y determinada.

Esta última circunstancia dentro de un proceso puede ser tomada como la validación o exoneración de una conducta o un hecho, pero para ello el profesional debe tener la certeza que ese hecho ocurrió o no, es por ello que el proceso de investigación previa del caso y sus antecedentes es tan importante. Para poder desmontar un proceso simulado y defraudatorio, no solo basta el derecho, la investigación que es una gran carga de trabajo y no es fácil esto es fundamental, para poder buscar la verdad material e intentar hacerla ser una verdad procesal.

Ahora bien aun y cuando no creemos ser dueños de la verdad absoluta de los señalamientos hechos, consideramos que estos pequeños aportes a la doctrina nacional pueden abrir camino u orientar a profesionales o personas que hayan sido víctimas de este tipo de procesos, los cuales en épocas de crisis económicas se incrementan y les permitan si están a tiempo de ello, ejercer los mecanismos de defensa que les confiere la ley, para usar los mismos para intentar dismantelar los acuerdos y negocios simulados que han afectado dolosamente su juicio conclusivo argumentativo.

III. JUICIO CONCLUSIVO

Tratar temas relacionados, no solo la conducta de los participantes en las distintas acciones legales, sino donde también se encuentran involucrados profesionales del derecho e inclusive distintos funcionarios públicos, no es para nada fácil. Descubrir manejos o formas de actuar no cónsonas con la deontología del derecho y la norma legal, pueden generar incomodidades, desafectos o inclusive algún tipo de reclamos, por parte de aquellas personas que por cualquier razón, pudiesen sentirse reflejadas en lo expuesto en esta disertación. Sin embargo intentar tapar esa realidad, es como *cubrir el sol con un dedo*. Lo que hemos expuesto ha sucedido, sucede y seguirá sucediendo, debido al ámbito de actuación innegable en la cual se encuentra inmerso.

Si se hace efectivamente el análisis y se cuentan con los recursos necesarios es posible desenmascarar el Fraude Fraguado, tanto a nivel legal, como a nivel procesal y judicial, pero para ello también hay que tener una conducta ética de mucho arraigo personal y profesional ya que en ocasiones es posible que el profesional observe que no hay opciones de lograr el dismantelamiento del fraude y sin embargo incita a la víctima a entrar en ese proceso, que ante el buen trabajo realizado por los perpetradores y sus asesores o por el transcurso del tiempo y la caducidad o prescripción de las acciones que pudiese haber tenido la victima ya no son posible realizar las acciones de defensa y/o de recuperación de los bienes o derechos que fueron objeto del despojo.

Al asumir esta disertación, se enfrentó el reto desde una perspectiva de la realidad en el ejercicio de la profesión del derecho, más allá de los estudios y la doctrina que fundamentan debidamente este estudio. Detrás de cada afirmación, o situación existen personas, casos y expedientes, lo cual permite afirmar con propiedad, cada hecho reseñado, para presentar a la consideración del lector las siguientes conclusiones:

Es evidente, la rapidez con la cual han surgido cambios socioeconómicos que ha afectado a la humanidad en los últimos 150 años, razón por la cual en las últimas décadas el ejercicio del Derecho Penal Económico, ha alcanzado un crecimiento exponencial a los efectos de proteger las nuevas formas de creación de riqueza.

El mundo de la simulación y el fraude, es tan amplio como la vida misma, todas las situaciones que se presentan en la realidad pueden ser manipuladas, forjadas o imitadas. De hecho, en la actualidad la realidad virtual, la moneda virtual y los procesos virtuales, pueden ser manipulados por personas y/o técnicos conocedores de los sistemas (hackers), lo cual ha sido descrito por el reporte de situaciones de reciente data en el contexto local o global, y por supuesto en ellos, también se dan procesos simulatorios y defraudatorios.

El engaño, dolo y la mala fe, son elementos fundamentales para que se diseñe y planifique un proceso simulatorio y defraudatorio, toda la Doctrina y la Legislación hacen referencia explícita a la necesidad de la presencia en forma conjunta de estos elementos en dichos procesos, debido a su condición de formar parte de la psique interna de las personas que pretenden y aspiran concretar el perjuicio económico en contra de un tercero.

Igualmente la existencia de un acuerdo o un negocio simulado, hace imprescindible la existencia de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, dependiendo del grado de complejidad del proceso defraudatorio, estos individuos tienen distintos grados de participación en el proceso y ajustan sus conductas lícitas o no, a la materialización del daño que se ha pretendido causar.

El acto, acuerdo o negocio simulado, requiere para que tenga efectividad real, tener los visos de un negocio jurídico lícito, destinado a cumplir con las formalidades legales indispensables para que un tercero de buena fe, este inmerso en el mismo, y así sea considerado válido; de tal modo de hacer difícil el descubrimiento, ya que dicho acuerdo o negocio, considerando que no contiene la verdadera voluntad y los objetivos que persiguen los perpetradores, sino una distinta, que mediante el engaño persigue causarle un perjuicio.

Los actos fraudulentos y los actos simulados, aunque tienen diferencias de origen, son considerados un fraude procesal, debido a que involucra el engaño de alguien en afectación del sistema jurídico; sin embargo, deben ser concatenados a lo largo del tiempo para el logro del resultado deseado y reales, de tal modo de poder ser defendidos dentro de un proceso judicial.

El acto, acuerdo o negocio simulado y fraudulento, debe ser diseñado y planificado para que pueda ser sostenido y defendido dentro de un proceso administrativo o judicial, si fuese necesario. En este sentido el autor intelectual de dicho proceso, debe solicitar la asistencia de un profesional del derecho destinado a la ejecución de la mayoría de dichos actos defraudatorios para intentar garantizar el resultado perseguido. Es este representante, quien tiene el conocimiento de la Ley, la forma de hacer y desarrollar las conductas que den el viso de legalidad al acuerdo simulado y defraudatorio. Que dicha conducta sea ética o no, es materia de otro tipo de estudio.

Si bien es cierto que el fraude puede ser diseñado, planificado y ejecutado por una sola persona en detrimento de otra en los procesos simulados; también los es, la existencia de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, ya que estas fingen a través de la materialización de los acuerdos pactados una realidad distinta a la que en verdad debe existir, buscando con dichas actuaciones sostener y mantener situaciones jurídicas que en principio son legítimas y que buscan sorprender la buena fe de los terceros y causar un perjuicio a la víctima. Es decir, un fraude puede ser unipersonal, pero la simulación no, y en el caso de un proceso simulatorio, amparado por un fraude procesal, deben existir de manera contenida las conductas colusorias que afecten el proceso como tal.

La participación de distintas personas en los procesos simulados y defraudatorios es necesaria; sin embargo, estas pueden tener distintos grados de participación y de conductas desarrolladas dentro del proceso; pudiendo ser inclusive algunas de las conductas, desplegadas por los actores en el proceso lícito o no, por cuanto, algunas de esas personas pudiesen igualmente ser sorprendidas en su buena fe (lo cual equivaldría a la inocencia de ese participante en sí), ya que el proceso simulatorio como tal, puede constar de distintas etapas o fases en el tiempo.

Ante la presencia de un proceso defraudatorio, se debe realizar un análisis exhaustivo de las condiciones de forma, modo, tiempo y lugar; así como de los antecedentes personales y fácticos de la situación planteada para poder determinar la existencia o no del fraude como tal. En importantes destacar que en un principio, el acto, acuerdo o negocio simulado, si ha sido eficientemente diseñado, razón por lo cual, presenta visos de legalidad frente a los terceros y la(s) víctima. En este particular, el nivel de investigación debe ser realizado al mínimo detalle, muchas veces es imposible darle a un acto simulado todos los visos de legalidad posible; indican las distintas experiencias en investigación policial, que siempre queda algún indicio, o hilo que llevan al descubrimiento global del fraude y la simulación fraguada, debido a la intuición personal y profesional, en esta etapa, el proceso de desmantelamiento es importante.

Para enfrentar un proceso defraudatorio producto de un acto simulado, deben ser revisados todos los actos, procesos y manifestaciones de voluntad que se han realizado a lo largo del tiempo, desde el momento en que se encuentra el primer indicio, hasta la materialización del mismo; por cuanto este tipo de procesos es diseñado sobre la base de un acuerdo de voluntades de los participantes y la ejecución de una serie de conductas previas, consecutivas y finales que concretan el fraude diseñado como tal. Es decir, estas conductas delictivas no son de materialización instantánea.

Deben ser revisados todos los indicios procesales para obtener el descubrimiento y desmantelamiento del fraude, debido a que está diseñado por el acuerdo simulatorio realizado por los perpetradores. En este sentido, las posibilidades reales y ciertas de éxito de dicho proceso, en muchas ocasiones está inmerso en varios lapsos probatorios para intentar cualquier tipo de acción en los que se encuentran prescritos, o han sido objeto de la caducidad, además de los costos económicos, personales, legales o morales más altos, que los bienes o derechos que pudiesen ser recuperados. Aquí entra nuevamente en juego la conducta ética del profesional del derecho, así como de quien realiza el análisis y el estudio del caso.

La simulación es el ardid, elemento básico del fraude, todas parte de la conducta delictiva protegida por la Ley. Sin embargo, es posible que para concretar ambas, deben estar presentes otras conductas criminales, como el forjamiento, el falso testimonio, la simulación de hecho punible o acuerdos de actuaciones judiciales o administrativas, entre otras tantas, que estén concertadas dentro de un acuerdo fraudulento con visos de legalidad.

Es evidente que todas las actuaciones diseñadas y planificadas persiguen engañar y causar perjuicios económicos a terceros.

En atención a los aspectos antes señalados, existen indicios de procesos simulados y defraudatorios en algunos actos administrativos y jurídicos que involucran a los abogados, personas y organismos con ciertos interés económico lo que son susceptibles comercio lícito inmensurable en término de dinerarios siendo posible salvaguardar no solamente los derechos los individuos como el de la propiedad o el de la posesión sino también las expectativas de esto tenga sobre que ellos como por ejemplo la posibilidad que tiene una persona de que se le reconozca un derecho sobre un bien que se encuentra el litigio.

El descubrimiento de situaciones fácticas que se encuentran el ejercicio profesional del derecho, desobedece el conjunto de normas y/o principios jurídicos vigentes, que al ser desconocidos por la simulación, el dolo, y la mala fe, se concretan un delito. Estos aspectos identifica, una actuación del

Anibal Ruiz y Olga Molano

abogado alejada de la ética, la rectitud y la probidad requeridas en los procesos económicos, configurando una conducta dolosa que le permite una vez encomendada la causa, desarrollar la estrategia a seguir para cometer un delito.

Finalmente, Esta reflexión la compartimos con la comunidad del conocimiento con el fin de lograr una protección jurídica, para que se estudien los mecanismos, procedimientos y acciones que representa una vía jurisdiccional para mover o denunciar los procesos defraudatorios y así alcanzar una praxis acorde con la misión del abogado y su deontología.

BIBLIOGRAFIA

CABANELLAS, Guillermo. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo. *Tribunal Supremo de Justicia*. Sentencia No. 908 de fecha 4 de agosto del año 2.000. Expediente. No. 00-1722. Caracas.

CORTE SUPERIOR PRIMERO EN LO CIVIL Y MERCANTIL DEL DISTRITO FEDERAL Y ESTADO MIRANDA. *Sentencia del 20 – 01 – 60*. Caracas.

CÓDIGO PROCEDIMIENTO CIVIL (1990). *Artículo 17*. G. O. (4209E) 18/9/1990. Congreso de la República de Venezuela. Caracas.

CÓDIGO PENAL VENEZOLANO. (2006). *Artículo 462*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.38.412, abril 4, 2.006. Decreto Nro. 368. Caracas.

DICCIONARIO TEMÁTICO SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. (1980). *Estafa*. España: Editorial Everest S.A.

DICCIONARIO PEQUEÑO LAUROSSE ILUSTRADO. (2012). *Diccionario Enciclopédico*. Decima Octava Edición. Buenos Aires.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020). *Versión Electrónica*. Disponible en: <https://www.rae.es>

- FELTRI MARTINEZ, Mario Pesci. (1983). *La Simulación en la Constitución de las Sociedades Anónimas*. Libro Homenaje a José Melich Orsini. Volumen 2, Instituto de Derecho Privado. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- FUENMAYOR, José Andrés. *Tribunal Supremo de Justicia*. Colección de Libros Homenaje, Nro. 8. Caracas: Nuevos Estudios de Derecho Procesal Volumen II
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (2012). *Introducción al Estudio del Derecho*. Trigésima Primera Edición revisada. Buenos Aires. Argentina: Editorial Porrúa S.A
- MELICH ORSINI, José. (2012). *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 5ta. Edición. Caracas: Centro de Investigaciones Científicas.
- OSSORIO, Manuel. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- PIETRI H. Alejandro. (1991). *Fondos de Comercio y Acción de Simulación*. Reimpresión. Caracas, Venezuela: Ediciones Fabreton.
- SABINO, Carlos. (1991). *Diccionario de Economía y Finanzas*. Caracas: CEDICE. Editorial Panapo.
- SMITH, Adam. (1958). *La Riqueza de la Naciones*. México: Fondo de Cultura Económica.
- TOME GÓMEZ, Miguel Ángel. (2008). *Negocios Jurídicos Simulados y Fraudulentos*. 2da. Edición. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- URDANETA FONTIVEROS, Enrique. (2010). *El Error, El Dolo y La Violencia en la Formación de los Contratos*. Serie Estudios. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- VELANDIA PONCE, Rómulo. (2003). *Tribunal Supremo de Justicia*. Colección de Libros Homenaje, Nro. 8 Caracas: Nuevos Estudios de Derecho Procesal Volumen II.

Andrea Salima Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

RECONOCIMIENTO DE LOS MIGRANTES Y REFUGIADOS POR CAUSAS CLIMÁTICAS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Andrea Salima Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme

Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen

Este artículo toca un problema dentro de un tema de actualidad cuya relevancia no es reconocida con la importancia que se debe: la diatriba de qué sucede con aquellas personas que por razones climáticas son forzadas a desplazarse permanentemente de su país de origen. El término “refugiado climático” no es reconocido a nivel internacional actualmente. En este artículo, se reflexiona sobre qué protecciones tienen estas personas actualmente y con qué garantías cuentan en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internaciones de los refugiados

Palabras clave: migrante, refugiado, cambio climático, migración, desplazamiento forzoso.

RECOGNITION OF CLIMATE MIGRANTS AND REFUGEES IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Abstract

This article tackles a problem within a trending topic whose relevance is not recognized with the relevance it should be: the question of what happens to those people who, for climatic reasons, are forced to permanently move from their country of origin. The term “climate refugee” is not yet recognized internationally. In this article, we review what protections and guarantees these people currently within the framework of international human rights law.

Keywords: migrante, refugee, climate change, migration, forced displacement.

INTRODUCCIÓN

En virtud de la Convención de Ginebra de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados, puede pedir protección internacional y asilo aquellos que califiquen bajo la siguiente definición:

Debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él¹.

En la misma línea, y a pesar de no estar definido taxativamente en el derecho internacional, se tendrá como migrante según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) a *“todo aquel que se traslade fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de fronteras internacionales, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”*. Este término contiene a una gama de personas que caen bajo esta categoría que pueden o no estar definidas jurídicamente, como los trabajadores migrantes y aquellos objeto del tráfico y la trata de personas²). No obstante, desde principios del siglo XXI, hay una causa adicional estimulando la migración y el desplazamiento forzoso que no ha sido aún considerada en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

Para finales del año 2020, más de treinta millones de personas se movilizaron forzosamente a nivel mundial como consecuencia de desastres naturales, donde más del noventa por ciento (90%) se dieron como consecuencia de eventos relacionados al cambio climático, como sequías radicales, inundaciones masivas y tormentas. Aunque en varias ocasiones este tipo de desastres obligan a las personas a moverse dentro de las fronteras de su mismo

¹ “Convención De Ginebra De 1951, El Estatuto De Los Refugiados.” Convención de Ginebra y Estatuto de los Refugiados | Fuente ONU. Revisado el 7 de julio de 2021. <https://eacnur.org/es/convencion-de-ginebra-de-1951-el-estatuto-de-los-refugiados>.

² “¿Quién Es un Migrante?” Organización Internacional para las Migraciones, Junio 28, 2019. <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

territorio, recientemente se han visto obligados a dejar su país y buscar refugio fuera de su nación de origen, huyendo de la constante amenaza a la que se enfrentan quedándose en localidades donde el cambio climático, como consecuencia del calentamiento global, ha hecho la vida insostenible en estos lugares³. A pesar de esto, los migrantes y posibles refugiados por causas climáticas vagamente son reconocidos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual expone a la comunidad internacional a una potencial crisis migratoria, donde el resultado podría ser millones de personas apátridas sin ningún tipo de protección en el derecho internacional y unos cuantos países receptores sin un marco de acción claro sobre qué hacer y cómo tratar a personas cuyas características no encajan bajo ningún concepto existente en el derecho internacional.

Recuento histórico. Reflexiones sobre la Convención sobre el Estatuto para los Refugiados. Caso Teitiota VS. Nueva Zelanda.

Antes del siglo XIX, para movilizarse entre países no era necesaria la posesión de una Visa ni un pasaporte, y el derecho al asilo es un concepto jurídico que desde los imperios más antiguos era reconocido.

Los egipcios, griegos y hebreos reconocían el asilo religioso, lo cual refiere su origen a la costumbre motivada por la piedad de los pueblos practicantes. El Concilio de Orleans del año 511 regulaba el asilo en los Cánones III y V, que establecían una prohibición de extraer a reos de templos religiosos y entregarlos a otras personas de existir un temor fundado de amenaza contra su persona. Carlo Magno en el Concilio de Magnucia también prohibía remover por la fuerza a cualquier persona que se asilara en una iglesia. La figura del asilo se mantuvo en el derecho canónico hasta 1979, y como consecuencia de la Primera Guerra Mundial se tomó una de las primeras medidas otorgadas a los desplazados por parte de quien se volvería el primer Alto Comisionado para los Refugiados Fridtjof Nansen, que fueron los pasaportes Nansen. Este

³ “Environmental Migration.” Migration data portal. Accedido el 7 de julio del 2021. https://migrationdataportal.org/themes/environmental_migration_and_statistics.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

pasaporte era reconocido por veintitrés países y le daba a la persona un pasaporte especial para refugiados de acuerdo a disposiciones de instrumentos de anteguerra⁴.

El asilo fue reconocido por primera vez significativamente en la Convención sobre Asilo en La Habana de 1928 y la condición de refugiado se reconoció formalmente en el derecho internacional en la en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde en su artículo 14 consagra los derechos de las personas de buscar y que les sea garantizado el derecho de asilo⁵⁶. No fue hasta 1951 que, por las consecuencias humanitarias en materia de migración por la Segunda Guerra Mundial, y en virtud de la Declaración de los Derechos Humanos ya mencionada, se promulgó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en la resolución 429 (V) convocada en la Asamblea General en el año 1951. Fue motivada por las intenciones de la comunidad internacional de asegurar a los refugiados el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Tanto el asilo como el refugio fueron instituciones motivadas por razones netamente políticas. La Convención de 1951 define refugiado en su primer artículo de la siguiente manera:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se

⁴ Peter Gatrell Professor of Economic History. "The Nansen Passport: the Innovative Response to the Refugee Crisis That Followed the Russian Revolution." *The Conversation*, Enero 22, 2021. <https://theconversation.com/the-nansen-passport-the-innovative-response-to-the-refugee-crisis-that-followed-the-russian-revolution-85487>.

⁵ Vivó Undabarrena, Enrique. *La Institución Del Derecho De Asilo*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1993. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1993-4-B588CC76/PDF>.

⁶ "Universal Declaration of Human Rights." Un.org. United Nations. Accedido 12 de Julio, 2021. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.⁷

Esta Convención por definición considera a personas que huyen de sus países de origen por temores fundados basados en condiciones políticas, sociales, religiosas y/o culturales de su residencia. Se habla en ella de la prohibición de la discriminación independientemente de su origen y se interpreta de manera tal que nunca se prive a los refugiados de los derechos y beneficios independientes de la Convención. También se les garantiza el derecho a una vivienda en su país receptor, a la educación, a la asistencia pública y al trabajo remunerado.

La Convención prohíbe la expulsión de refugiados a menos de que la misma sea llevada a cabo por motivos de seguridad nacional u orden público, y aun así se le concede al expulsado un tiempo razonable dentro del cual el individuo pueda tramitar su recepción en otro país. Una de las cosas más relevantes que consagra esta Convención es la Prohibición de Devolución. Se basa en la idea de que ningún Estado podrá poner en modo alguno a un refugiado en el territorio donde su vida corrió peligro por cualquiera de las causas establecidas en el primer artículo de la misma.

A pesar de ser uno de los primeros instrumentos internacionales - y definitivamente el más relevante - que aboga por los derechos y garantías exigibles por las personas cuya residencia en un país se ve comprometida y se ven forzadas a movilizarse, deja por fuera una gran cantidad de personas que también necesitan de dicha protección. El Banco Mundial estima que para el año 2050, habrá alrededor de 143 millones de migrantes y refugiados por causas

⁷ “Convención De Ginebra De 1951, El Estatuto De Los Refugiados.” Convención de Ginebra y Estatuto de los Refugiados | Fuente ONU. Accedido el 7 de julio de 2021. <https://eacnur.org/es/convencion-de-ginebra-de-1951-el-estatuto-de-los-refugiados>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

climáticas. Solo en el año 2017, hubo 68.5 millones de personas desplazadas de manera forzosa por consecuencias del cambio climático, de las cuales aproximadamente un tercio tuvieron que movilizarse de manera repentina (nótese por inundaciones, incendios forestales, fuertes sequías y tormentas intensificadas)⁸.

Asimismo, sólo en el este de Asia y el Pacífico y en Surasia hubo alrededor de treinta millones de desplazados por riesgos inminentes relacionados con el clima⁹. No obstante, estas personas no se encuentran protegidas por el Tratado discutido. Esto se refleja en el caso *Ioane Teitiota versus Nueva Zelanda*, donde inclusive en la Corte Suprema se mantuvo la decisión de que no era admisible para Teitiota ya que no se enfrentaba, si regresaba a su país de origen Kiribati, no enfrentaba “ningún daño serio ni riesgo real” y que no existían pruebas contundentes que el gobierno de Kiribati estuviese fallando en la protección de sus ciudadanos¹⁰. No fue hasta que Teitiota llegó a instancias internacionales, con el Comité de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde en el Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016 presentada a ellos que recibió una opinión favorable. En el punto 8.6 del Dictamen, se reconoce lo siguiente:

El autor demostró suficientemente, a los efectos de la admisibilidad, que debido a los efectos del cambio climático y la consiguiente elevación del nivel del mar en la habitabilidad de Kiribati y en la situación de seguridad en las islas, el autor se exponía a un riesgo verdadero de vulneración de su derecho a la vida en el sentido del artículo 6 del Pacto, como consecuencia de la decisión del Estado parte de expulsarlo a Kiribati. En consecuencia, el Comité considera que los artículos 1 y 2

⁸ Kumari Rigaud, Kanta, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe, Susana Adamo, Brent McCusker, Silke Heuser, and Amelia Midgley. 2018. *Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration*. The World Bank. Pg 2. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29461>

⁹ “Environmental Migration.” Migration data portal. Accedido 14 de Julio, 2021. https://migrationdataportal.org/themes/environmental_migration_and_statistics#:~:text=More%20than%2098%20per%20cent,and%20Pacific%20and%20South%20Asia.

¹⁰ SC 7/2015 del 20 de julio de 2015, Corte Suprema de Nueva Zelanda, Caso *Ioane Teitiota VS. Jefe Ejecutivo del Ministerio de Negocios, Innovación y Empleo*. https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/2015/sc7_2015ioaneteitiotavcembieleave.pdf

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

del Protocolo Facultativo no constituyen un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación¹¹.

Uno de los planteamientos que presentó el Comité es que el derecho a la vida no debe ser interpretado de manera restrictiva y no puede ser objeto de acciones u omisiones que lo amenacen. No obstante, la conclusión del Dictamen fue que, según lo probado por el demandante, la devolución a Kiribati no afecta de manera real los derechos que alegaba Teitiota del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Uno de los votos disidentes, de Duncan Laki Muhumuza, consideraba que la dificultad de acceder a agua potable y las complicaciones sanitarias consecuentes a ello deberían ser prueba suficiente para concluir que la vida de Teitiota y su familia estaba siendo puesta en riesgo. Insiste que el umbral para determinar el riesgo que corre la persona no debe ser tan alto ni irracional, y que aún si lo fuese las enfermedades y muertes ocurriendo en Kiribati por la poca accesibilidad de agua potable debería ser razón suficiente para defender la inviolabilidad de la vida humana¹². El otro voto disidente por parte de Vasilka Sancin exigía que se tomaran acciones positivas para la protección de la vida humana frente a desastres naturales y peligros climáticos, y llama la decisión del Comité y de Nueva Zelanda de devolver a Ioane Teitiota a Kiribati como claramente arbitraria y errónea¹³.

El caso Teitiota VS. Nueva Zelanda fue la primera vez que se reconoció en instancias internacionales la existencia de los migrantes y refugiados ~~motivados~~ por motivos climáticos. No obstante, eso no bastó para garantizar la protección que la familia Teitiota necesitaba. Como ellos, millones de personas se han encontrado en esa situación y desprotegidos por el derecho internacional. El Foro de Vulnerabilidad Climática identificó 48 países que, para el año 2100 si no se toman medidas contundentes y las condiciones del planeta siguen deteriorándose, van a desaparecer de la faz de la tierra¹⁴. Muchas islas se estiman que desaparecerán antes, como

¹¹ Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016*, Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ “The CVF.” CVF Virtual Summit 2018. Accedido el 16 de Julio 16, 2021. <https://www.virtualclimatesummit.org/the-cvf/>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

Tuvalu que para 2050 se proyecta que será inhabitable¹⁵. El gobierno de Kiribati inclusive ha tenido que comprar territorio en Fiji para la recepción de futuros refugiados climáticos kiribatíes en virtud de la primordial importancia que le dan a la migración digna¹⁶.

A pesar de los esfuerzos del gobierno de Kiribati de combatir esta amenaza inminente, las proyecciones sobre relocalización de la población que será desplazada si no se toman acciones firmes al respecto son impactantes. Aun considerando todo lo previamente mencionado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no protege a las personas que han sido reubicadas de manera forzosa por causas consecuentes al cambio climático. El hecho de que la vida digna de las personas no se vea amenazada de manera directa, interpretando este derecho de manera restrictiva, no significa que su vida no enfrente un peligro inminente y evidente que requiere de asistencia de parte de la comunidad internacional.

Más allá del reconocimiento por el Dictamen del Comité de la existencia de los refugiados climáticos, se necesitan instrumentos que los protejan en el plano internacional. Por ello, se evaluarán a continuación la Declaración de Cartagena 1984, el Principio de No Devolución y las diferentes organizaciones que podrían potencialmente proteger a esta categoría de refugiados.

Declaración de Cartagena, Pacto Mundial Sobre los Refugiados y Consideraciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el contexto de los refugiados climáticos.

Este documento surge con la necesidad de ampliar una definición restrictiva y parcial de quién califica como un refugiado. A raíz de una serie de conflictos en Centroamérica se adoptó la Declaración de Cartagena en 1984, inspirada en la Convención Africana sobre los Refugiados

¹⁵ Ralston, Holley, Britta Horstmann, and Carina Holl. *Climate Change Challenges Tuvalu*. Bonn: Germanwatch, 2004.

¹⁶ Ellsmoor, James, James Ellsmoor, Zachary Rosen, Written by James Ellsmoor, Rosa Muller says: Tebby says: Luke Paeniu says: and Viliame Niu says: "Kiribati's Land Purchase in Fiji: Does It Make Sense?" Devpolicy Blog from the Development Policy Centre, October 12, 2018. <https://devpolicy.org/kitibatis-land-purchase-in-fiji-does-it-make-sense-20160111/>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

de 1969. Esta Declaración reconoce como refugiado a las personas que, además de entrar bajo las definiciones de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, a quienes: “*han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*”¹⁷.

Entre otras cosas, esta Declaración reitera el Principio de No Devolución como fundamental en el derecho internacional de los refugiados. Esta medida de protección complementaria acoge a grandes grupos de refugiados que tampoco se veían acogidos por la Convención de 1951 por su foco en proteger a aquellas personas en cuyos países se vea severamente afectado el orden público. Así, esta Declaración fue de utilidad para salvaguardar al éxodo haitiano después del terremoto de 2010 que, en gran parte, emigró a Chile. Con el pasar del tiempo, se impusieron progresivas restricciones para el acceso de los haitianos a este país. Sin embargo, este instrumento no contempla la asesoría a refugiados climáticos en la región a menos de que situaciones ambientales generen conflictos armados¹⁸.

El Pacto Mundial sobre los Refugiados del dos (2) de agosto del año 2018 fue promovido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR) por la preocupación creciente relativa de los refugiados y la complejidad de sus situaciones hoy en día. A pesar de no ser jurídicamente vinculante, este pacto es una representación de la voluntad política de la comunidad internacional de fortalecer la cooperación y solidaridad con los refugiados y los países afectados por esta crisis¹⁹. Este pacto plantea una serie de objetivos para aligerar la crisis de refugiados a nivel mundial y los establece de la siguiente manera:

¹⁷ Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984.

¹⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. “Cambio Climático y Desplazamiento Por Desastres.” UNHCR. Accessed July 16, 2021. <https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>.

¹⁹ Pacto Mundial sobre los Refugiados, 2 de agosto de 2019. https://www.acnur.org/excom/ag_inf/5c6c3eed4/informe-del-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-refugiados.html

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

Los objetivos del pacto mundial en su conjunto son los siguientes: i) aliviar las presiones sobre los países de acogida; ii) promover la autosuficiencia de los refugiados; iii) ampliar el acceso a las soluciones que impliquen a terceros países; y iv) favorecer en los países de origen condiciones que propicien un retorno en condiciones de seguridad y dignidad. El pacto mundial tratará de lograr esos cuatro objetivos interrelacionados e interdependientes mediante la movilización de la voluntad política, la ampliación de la base de apoyo y acuerdos entre los Estados y otras partes interesadas pertinentes con miras a facilitar contribuciones más equitativas, sostenidas y previsibles.

El Pacto parece buscar de manera más óptima proteger a la mayor cantidad de refugiados posibles mientras también considera a los países receptores. No obstante, toma como referencia los instrumentos ya existentes como la Convención de 1951, que no aboga por la protección de los refugiados movilizados por causas climáticas. A través de todos estos mecanismos legales internacionales, nos damos cuenta que la noción de refugiado se mantiene como expuesta anteriormente, sin considerar las causas modernas que han promovido la migración en las últimas dos décadas como es el caso de los refugiados climáticos. Por ello, ACNUR redactó un documento que plantea recomendaciones legales con respecto a los reclamos para protección internacional en el contexto de los efectos del cambio climático. Establece que el reconocimiento de los refugiados climáticos en el plano del derecho internacional ha aumentado progresivamente, incluyendo en el caso Teitiota V.S. Nueva Zelanda, y plantea varias consideraciones legales sobre la aplicabilidad del derecho regional e internacional de los refugiados cuando el desplazamiento de las personas, ya sea interno o externo, se deba a causas climáticas. Una de las primeras observaciones que plantea es la siguiente:

Si bien este documento aborda la aplicabilidad del régimen de protección internacional en el contexto del cambio climático transfronterizo y el desplazamiento por desastres, no todas las personas desplazadas en ese contexto serán refugiados. Estas consideraciones legales están destinadas a brindar orientación a los gobiernos, los profesionales del derecho, los encargados de la toma de decisiones administrativas y judiciales y el personal del ACNUR en la aplicación del derecho internacional sobre refugiados y derechos humanos a las solicitudes de protección internacional realizadas en el contexto de los efectos adversos del cambio climático y los desastres. Estas consideraciones legales son

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

relevantes para los enfoques individuales y grupales para la determinación de la condición de refugiado²⁰.

Este documento, como bien se establece *a priori*, busca orientar a los gobiernos con respecto a la aplicabilidad del régimen de protección internacional en el contexto de los desplazamientos forzados por causas motivadas por el cambio climático. Dice que asesorar las situaciones migratorias promovidas por el cambio climático sin considerar las consecuencias sociopolíticas del mismo te limita a la hora de garantizar el disfrute de los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo este contexto²¹. La interpretación que se hace sobre la Convención de 1951 es que el miedo fundamentado de ser perseguido en una o más bases, para el cual las autoridades del país en conflicto son incapaces de proveer protección. Según esta interpretación, los efectos causados por el cambio climático afectan el disfrute de los derechos humanos por aumentar la exposición y vulnerabilidad a sus impactos. Pueden verse afectados, entre otros derechos, la vida, la vivienda y el acceso a agua potable, como se analizó anteriormente en el caso Teitiota V.S. Nueva Zelanda, además de correlativamente verse afectadas la integridad física, la salud, la vida digna y la autodeterminación de las personas que se ven sometidas sólo a los efectos de los aumentos del nivel del mar.

El cambio climático es una amenaza que arremete contra comunidades enteras, y no porque no todos los miembros de la comunidad acudan a la protección por el derecho internacional de los refugiados no significa que cada caso particular no se vea afectado por un temor fundado de que el libre ejercicio de sus derechos humanos pueda ser afectado²². El vínculo causal del artículo primero (“*por motivos de*”) implica que debe haber un miedo fundado de ser perseguido. No obstante, los efectos del cambio climático pueden tener repercusiones culturales, políticas y socio-económicas.

Por ejemplo, un temor fundado es la reducción de recursos y disminución de acceso a ellos de manera discriminatoria sería una razón causada por el cambio climático; revueltas

²⁰ Consideraciones legales sobre las reclamaciones de protección internacional realizadas en el contexto de los efectos adversos del cambio climático y los desastres, ACNUR.

²¹ Ibid

²² Ibid.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

violentas por la misma escasez también son un miedo fundado causa del cambio climático que relacionaría a las personas afectadas directamente con un contexto de conflicto tal como lo establece la Convención.

Dicho esto, se evidencia que para las personas que busquen protección internacional como refugiados, una opción sería alegar el artículo 1A(2) de la Convención de 1951, aunque haya jurisprudencia que indique lo contrario. No obstante, hay un principio general de protección consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos que obliga a los Estados a proteger el derecho a la vida y subsecuentes de toda persona humana que lo solicite.

**Principio de No Devolución. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Consideraciones de la Organización Internacional para la Migración.**

El principio de no devolución corresponde al derecho internacional de los refugiados, de los derechos humanos y al derecho consuetudinario internacional. El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto para los Refugiados de 1951 lo define de la siguiente manera:

1. Ningún Estado Contratante expulsará o devolverá ("devuelve") a un refugiado en manera alguna a las fronteras de los territorios donde su vida o libertad sería amenazado a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política.
2. No obstante, el beneficio de la presente disposición no podrá ser reclamado por un refugiado al que hay motivos razonables para considerar como un peligro para la seguridad del país en el que se encuentra, o que, habiendo sido condenado por sentencia firme sobre un delito particularmente grave, constituya un peligro para la comunidad de ese país.

Este artículo es sumamente fiel a la interpretación restrictiva del artículo 1A de la Convención de 1951. Su observación resalta varias dudas: si en realidad puede esta Convención proteger a los refugiados climáticos; de existir, cuáles serían las protecciones legales para las personas movilizadas por causas climáticas. El Comité de Derechos Humanos en Teitiota V.S. Nueva Zelanda reconoce la posibilidad de que el cambio climático afecte a un punto donde los gobiernos no podrán remitir a las personas de vuelta a sus países de origen en vista de que sus

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

vidas se verían amenazadas o se enfrentarían a condiciones inhumanas de vida. Si se llegase a este punto, podría activarse la obligación de no devolución en los Estados receptores.

No se permite, bajo ningún concepto y aun cuando la concepción de refugiados climáticos siga en duda en el plano del derecho internacional de los refugiados, extraditar, deportar, expulsar o remover a una persona de un territorio si existiesen suficientes fundamentos para asegurar que esto representaría una amenaza real para la vida y disfrute de la misma de la persona afectada.

En esta misma línea, resulta relevante revisar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos promulgado en la resolución 2200A (XXI) de la Asamblea General el dieciséis (16) de diciembre de 1966. Este Pacto, en sus artículos sexto y séptimo, establece lo siguiente:

Artículo 6

1. Todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie será privado arbitrariamente de su vida.
2. En los países que no hayan abolido la pena de muerte, la pena de muerte solo podrá imponerse por los delitos más graves de conformidad con la ley vigente en el momento de la comisión del delito y no en contra de las disposiciones del presente Pacto. ya la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta sanción sólo puede ejecutarse mediante sentencia firme dictada por un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya un crimen de genocidio, se entenderá que nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a ningún Estado Parte en el presente Pacto a derogar en forma alguna cualquier obligación asumida en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción el crimen de genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. En todos los casos podrá concederse amnistía, indulto o conmutación de la pena de muerte.
5. No se impondrá pena de muerte por delitos cometidos por menores de dieciocho años y no se aplicará a mujeres embarazadas.
6. Nada de lo dispuesto en este artículo será invocado para retrasar o prevenir la abolición de la pena capital por cualquier Estado Parte en el presente Pacto.

Andrea Salma Clifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Una de las defensas empleadas por Ioane Teitiota fue alegar que, al devolverlo a él y a su familia a Tarawa, Kiribati estarían privando arbitrariamente su derecho a la vida. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos en su decisión explica que el alcance del artículo 6 citado previamente podría ser más amplio que la simple garantía del principio de no devolución en el parámetro del derecho internacional de los refugiados.

Podría inclusive, explica el Comité, requerirse la protección de individuos que no se categoricen como refugiados y que a todos los buscadores de asilo debe garantizarles su derecho a la vida, siempre y cuando devolverlos a su país de origen represente para ellos un riesgo real. Tomando esto en cuenta, se entiende que el principio de no devolución, bajo el parámetro del derecho internacional de los derechos humanos, es un estándar mínimo que los países deben cumplir a toda aquella persona que se enfrente a un riesgo real de no poder disfrutar sus derechos humanos a plenitud²³.

La OIM desde el año 2007 trabaja por la protección de los migrantes y refugiados por causas ambientales y climáticas²⁴. Es la primera organización que, a través de la división de Migración, Ambiente y Cambio Climático (MECC por sus siglas en inglés) del Departamento de Manejo Migratorio dedica una unidad completa al trato de este tópico de incremental importancia. La OIM establece en su página oficial su visión con respecto al tema, y lo plantea de la siguiente manera:

²³ “EU Immigration and Asylum Law and Policy Droit Et Politique De L’Immigration Et De L’Asile De L’UE.” From the U.N. Human Rights Committee to European Courts: Which protection for climate-induced displaced persons under European Law? – EU Immigration and Asylum Law and Policy. Accessed July 20, 2021. <https://eumigrationlawblog.eu/from-the-u-n-human-rights-committee-to-european-courts-which-protection-for-climate-induced-displaced-persons-under-european-law/>.

²⁴ “Migration, Environment and Climate Change (MECC) Division.” International Organization for Migration, February 12, 2021. <https://www.iom.int/migration-and-climate-change>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

La OIM reconoce la necesidad de intensificar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales para abordar los desafíos de movilidad humana asociados con los factores ambientales y el cambio climático. La visión de la OIM sobre migración, medio ambiente y cambio climático es que la gobernanza, la política y la práctica de la migración contemporánea deben reflejar la importancia de los factores ambientales, de desastres y de cambio climático en la movilidad humana. Los factores ambientales deben integrarse en todas las áreas de la gestión de la migración, tales como: prevención, preparación y respuesta al desplazamiento, gestión de fronteras, migración e integración laboral, y retorno y reintegración²⁵.

Sus objetivos basados en la prevención, asistencia, protección y facilitación de la migración de las comunidades afectadas a través de medios sustentables es un factor diferenciador de la OIM con demás organizaciones internacionales con respecto a este tema. En 2017 desarrollaron el Programa de Sustentabilidad Ambiental a través del cual integran principios de sustentabilidad ambiental dentro de su estructura organizacional. En 2018, participaron en la creación del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (GCM), primer marco referencial que reconoce la migración motivada por desastres naturales, cambio climático y degradación ambiental.

Esta organización es la única que cuenta con una definición deliberadamente amplia y flexible para acomodarse a todas las situaciones que la misma pueda abarcar con referencia a los migrantes climáticos, y los define de la siguiente manera:

Los migrantes ambientales son personas o grupos de personas que, predominantemente por razones de cambio repentino o progresivo en el entorno que afecta su vida o condiciones de vida, se ven obligadas a abandonar sus hogares habituales, o deciden hacerlo, ya sea de manera temporal o permanente, y que se mueven dentro de su país o al extranjero²⁶.

En la ausencia de una definición legal internacionalmente aceptada y parámetros establecidos, la OIM creó esta a raíz de la necesidad de envolver a todas aquellas personas que se ven sometidas a migrar de manera forzada o voluntaria, temporal o permanente, de manera interna o internacional e individual o colectivamente a raíz de las consecuencias del cambio climático. Hasta hoy en día, el único reconocimiento formal que hay sobre personas que se

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

movilizan por razones climáticas es con el estatus de migrantes, que, según la Organización de Naciones Unidas, es alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año independientemente de las causas de su traslado²⁷.

No obstante, la definición de migrante aplica para alguien cuya vida no se encuentra en peligro inminente ni representa una amenaza para éste volver a su país de origen. Un migrante puede ser bien por razones educativas, laborales o simplemente recreativas, lo cual no da al migrante climático la urgencia que éste amerita en vista de que las amenazas que representan los efectos del cambio climático configuran una amenaza real e inminente.

CONCLUSIONES

Es evidente que los medios existentes son insuficientes para la protección de aquellas personas que califican como refugiados pero que su temor fundado se basa en los efectos que tiene el cambio climático en sus países de residencia, al igual que impacto y afectaciones al derecho humano a una vida digna. La Convención del Estatuto para los Refugiados sólo es aplicable a los refugiados climáticos a través de la interpretación y la potestad de cada país, lo cual no le da a los Estados receptores una obligación real de protección a las personas que reclaman dicho estatus. El Comité de Derechos Humanos no reconoció a Ioane Teiotiata la condición de refugiado cuando lo solicitó a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Quizás los 68 millones de refugiados que hubo en 2017 no son una cantidad significativa comparado a los efectos de este año, pero los 143 millones estimados para el año 2050 representará un desbalance real en la comunidad internacional si no se toman acciones contundentes pronto. Millones de personas sin tierra a la cual regresar, sin estatus jurídico, ni legal y con países recibiendo personas sin un curso de acción claro de qué derechos corresponden a esta oleada de refugiados y que deberes deben cumplir para con ellos.

²⁷ “Definiciones | Refugiados y Migrantes.” United Nations. United Nations. Accessed July 21, 2021. <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

Mientras no existan mecanismos claros de protección vinculantes a nivel internacional, cada día más personas se verán desamparadas por el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, miles de personas se enfrentarán a privaciones arbitrarias de su derecho a la vida y el disfrute del mismo.

Bibliografía:

¿Quién Es un Migrante?” Organización Internacional para las Migraciones, Junio 28, 2019. <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>.

“Environmental Migration.” Migration data portal. Accedido el 7 de julio de 2021. https://migrationdataportal.org/themes/environmental_migration_and_statistics.

“EU Immigration and Asylum Law and Policy Droit Et Politique De L'Immigration Et De L'Asile De L'UE.” From the U.N. Human Rights Committee to European Courts: Which protection for climate-induced displaced persons under European Law? – EU Immigration and Asylum Law and Policy. Accessed July 20, 2021. <https://eumigrationlawblog.eu/from-the-u-n-human-rights-committee-to-european-courts-which-protection-for-climate-induced-displaced-persons-under-european-law/>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. “Cambio Climático y Desplazamiento Por Desastres.” UNHCR. Accessed July 16, 2021. <https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>.

Consideraciones legales sobre las reclamaciones de protección internacional realizadas en el contexto de los efectos adversos del cambio climático y los desastres, ACNUR.

Convención De Ginebra De 1951, El Estatuto De Los Refugiados.” Convención de Ginebra y Estatuto de los Refugiados | Fuente ONU. Accedido el 7 de julio de 2021. <https://eacnur.org/es/convencion-de-ginebra-de-1951-el-estatuto-de-los-refugiados>.

Convención De Ginebra De 1951, El Estatuto De Los Refugiados.” Convención de Ginebra y Estatuto de los Refugiados | Fuente ONU. Accedido el 7 de julio de 2021.

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984.

Definiciones | Refugiados y Migrantes.” United Nations. United Nations. Accessed July 21, 2021. <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016*, Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas

Ellsmoor, James, James Ellsmoor, Zachary Rosen, Written by James Ellsmoor, Rosa Muller says: Tebby says: Luke Paeniu says: and Viliame Niu says: “Kiribati’s Land Purchase in Fiji: Does It Make Sense?” Devpolicy Blog from the Development Policy Centre, October 12, 2018. <https://devpolicy.org/kitibatis-land-purchase-in-fiji-does-it-make-sense-20160111/>.

Environmental Migration.” Migration data portal. Accedido July 14, 2021. https://migrationdataportal.org/themes/environmental_migration_and_statistics#:~:text=More%20than%2098%20per%20cent,and%20Pacific%20and%20South%20Asia.

Kumari Rigaud, Kanta, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Jonas Bergmann, Viviane Clement, Kayly Ober, Jacob Schewe, Susana Adamo, Brent McCusker, Silke Heuser, and Amelia Midgley. 2018. Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration. The World Bank. Pg 2. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29461>

Migration, Environment and Climate Change (MECC) Division.” International Organization for Migration, February 12, 2021. <https://www.iom.int/migration-and-climate-change>.

Pacto Mundial sobre los Refugiados, 2 de agosto de 2019. https://www.acnur.org/excom/ag_inf/5c6c3eed4/informe-del-alto-comisionado-de-las-naciones-unidas-para-los-refugiados.html

Peter Gatrell Professor of Economic History. “The Nansen Passport: the Innovative Response to the Refugee Crisis That Followed the Russian Revolution.” The Conversation, January 22, 2021. <https://theconversation.com/the-nansen-passport-the-innovative-response-to-the-refugee-crisis-that-followed-the-russian-revolution-85487>.

Ralston, Holley, Britta Horstmann, and Carina Holl. Climate Change Challenges Tuvalu. Bonn: Germanwatch, 2004.

SC 7/2015 del 20 de julio de 2015, Corte Suprema de Nueva Zelanda, Caso Ioane Teitiota VS. Jefe Ejecutivo del Ministerio de Negocios, Innovación y Empleo. https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/2015/sc7_2015ioaneteitiotavcembieleave.pdf

The CVF.” CVF Virtual Summit 2018. Accedido el 16 de Julio 16, 2021. <https://www.virtualclimatesummit.org/the-cvf/>.

Universal Declaration of Human Rights.” Un.org. United Nations . Accessed July 12, 2021. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Andrea Salma Cifuentes y Beatriz Tirado Adarme.

Vivó Undabarrena, Enrique. *La Institución Del Derecho De Asilo* . Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia , 1993. <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1993-4-B588CC76/PDF>.

Anselmo Coelho Hernández.

EL DERECHO A LA FIEL INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y UNA MIRADA HACIA EL ORIGINALISMO

Anselmo Coelho Hernández

Estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello, preparador de las cátedras Derecho Constitucional Venezolano I y II y representante de los estudiantes en el Consejo de Facultad de Derecho.

Resumen

La existencia de un derecho ciudadano a la Constitución tiene importantes implicaciones como su supremacía y su tutela judicial efectiva; sin embargo, en el contexto actual, no se puede omitir el papel preponderante de los jueces constitucionales en la aplicación de dichas normas, que hace fundamental el reconocimiento del derecho a la fiel interpretación constitucional. En este sentido, la interpretación debe ser guiada por la voluntad constituyente, de modo que se estima correcta la aproximación originalista a esta labor, que tiene por norte la búsqueda del significado que se fijó de forma soberana en el momento de adopción de la Constitución, configurándose verdaderamente la garantía del derecho a la fiel interpretación de la norma constitucional.

Palabras clave: Constitución, derecho a la Constitución, interpretación constitucional, originalismo, poder constituyente, mutaciones constitucionales.

THE RIGHT TO A LOYAL INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION AND A LOOK TOWARDS ORIGINALISM

Abstract

The existence of a citizen right to a Constitution has important implications, as its supremacy and its effective judicial protection; nonetheless, in the current context, we cannot omit the principal role of constitutional judges on the application of such norms, making the recognition of a right to a loyal interpretation of the Constitution, fundamental. This interpretation must be guided by the constituent will, so the originalist approximation is considered correct, as it has as a north the search of the meaning that was stated sovereignly at the adoption of the Constitution, thus, truly setting up the warranty to the right of a loyal interpretation of the constitutional norms.

Keywords: Constitution, right to a Constitución, constitutional interpretation, originalism, constituent power, constitutional mutations.

INTRODUCCIÓN

Considerando el carácter fundamental que tienen, en la teoría constitucional, los derechos ciudadanos con rango constitucional, el Dr. Allan Brewer-Carías realiza un aporte pionero al delinear los caracteres de lo que él denomina *derecho a la constitución*¹. En este sentido, las elaboraciones teóricas que comprenden todos los elementos de este derecho tienen íntima relación con su vigencia y efectividad, más aún en el contexto jurídico-político actual, en donde alguna parte de la doctrina, impulsada por las ideas de Richard Albert, reconoce que nos encontramos en un contexto de revolución constitucional constante, en donde apremia la necesidad de establecer garantías fundamentales e inviolables, más allá de los Derechos Humanos, en materia constitucional.

Este contexto fáctico que rodea a la realidad constitucional también otorga un rol principal a los jueces constitucionales, y en tal sentido, la jurisdicción constitucional y los propios jueces han sido sujetos de estudio cada vez más acucioso y preciso en la ciencia jurídica. Dentro de estos estudios, un aspecto inequívocamente resaltante es el papel del juez constitucional en un Estado Democrático de Derecho, y como las contradicciones propias de sus competencias con la lógica democrática, pueden conciliarse en la búsqueda de la protección de las garantías prescritas en el texto fundamental. Y haciendo un análisis detallado del ejercicio de las labores del juez constitucional, encontramos la temática de la interpretación constitucional.

La cuestión de la interpretación obtiene, de los más grandes exponentes de la aproximación científica a la argumentación jurídica, respuestas variadas, e incluso, mutuamente excluyentes entre sí. Este fenómeno se manifiesta en el debate sobre la interpretación constitucional en los Estados Unidos, y observamos sus mayores exponentes en las teorías de la *Living Constitution* y las tesis del originalismo. Aunque, como bien expresó la actual magistrada Elena Kagan en sus audiencias de confirmación frente al senado “*we are all*

¹ Allan Brewer-Carías, “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.”, en *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, coordinado por Sergio Cuarezma y Rafael Pichardo (Managua: INEJ, 2011), pp. 73-94.

originalists now” dando a entender que los postulados teóricos de este frente académico han permeado profundamente en la interpretación constitucional norteamericana.

Es menester esperar que el uso de las tesis originalistas como guía en la interpretación, al menos en su nivel constitucional, se traduzca en una aplicación efectiva y fiel de las normas de este rango, aprobadas de forma soberana por el pueblo, con la redacción de la Constitución. Esto, nos puede orientar hacia una nueva concepción de la labor del juez constitucional, que, como supremo intérprete de estas normas, debe garantizar que exista en su ejercicio el respeto y salvaguarda del derecho ciudadano fundamental a la fiel interpretación de la Constitución.

I. El texto constitucional y su significado

La Constitución, por su naturaleza jurídica de norma fundamental, y su naturaleza política de pacto social, suele tener en su haber las normas más abiertas, abstractas y generales del ordenamiento jurídico, para cumplir efectivamente su función. Ello, en cuanto al texto normativo, supone la existencia de normas que atribuyen, para su aplicación, un gran peso en la interpretación, desde la que realiza el legislador, hasta la que lleva a cabo el poder judicial; todos en ejecución de la voluntad del pueblo, expresada en su norma suprema.

La búsqueda del significado de las normas constitucionales, entonces, es una tarea de importancia fundamental para la garantía del Estado de Derecho, y la aplicación fidedigna de su normativa suprema, en tanto la atribución de significados distintos al pretendido por la norma constituyen una desviación del sistema jurídico en general, y una violación a los derechos de los ciudadanos.

Carácter de norma suprema.

Como se ha establecido, y tal como se sostiene en la teoría constitucional moderna, la Constitución es la norma fundamental sobre la que se construye el Estado, por tanto, también el sistema jurídico², dentro del cual la norma constitucional tiene el rango supremo, entendiéndose

² Tal como se expresa en *The Federalist N°78*, el origen de la Constitución la hace superior a las leyes, en tanto la voluntad del pueblo es superior, sin duda, a la de sus agentes -representantes-. Véase: Alexander Hamilton, “No. 78, The Judiciary Department”, en *The Federalist Papers*, editado por Clinton Rossiter (Nueva York: Signet Classics, 2003), pp. 463-471.

Anselmo Coelho Hernández.

que todas las demás normas deben apegarse a sus dictámenes, e incluso, que la interpretación de las mismas debe hacerse conforme a los principios que se establezcan en la Constitución.

El hecho de que la Constitución sea la norma marco dentro de la cual se encuadra todo el sistema jurídico, y considerando que los textos constitucionales se han desarrollado, con el avance del tiempo, para contener dentro de sí catálogos de derechos y principios progresivamente más amplios y tocantes de varias materias; significa que las normas constitucionales contienen una serie de determinaciones que ordenan conductas para el poder público y los ciudadanos, pero en muchas ocasiones, en atención a que la propia Constitución no es, ni debe ser exhaustiva en la regulación de ninguna materia, el constituyente usa términos que han sido denominados como “conceptos jurídicos indeterminados”, o términos que requieren una construcción conceptual para poder ser aplicados en el plano práctico.

El hecho de que la redacción de la Constitución tenga esta apertura no puede entenderse ni adjudicarse a la negligencia o falta de concreción del constituyente, todo lo contrario, de hecho es una consecuencia directa de la posición de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico y de la naturaleza política de la que deriva este texto, que se configura como el acuerdo de todas las voluntades del soberano, incluyendo, naturalmente, hasta las más disímiles entre sí; esto resulta en que el margen de acuerdo no es, necesariamente, amplio, por lo que la Constitución como pilar del resto de normas jurídicas debe consagrar los aspectos en donde no cabe duda que existe voluntad suficiente para incluirlos.

Interpretabilidad de las normas.

Tomando en cuenta el hecho de que las normas constitucionales tengan el carácter de abstractas y generales, se genera, necesariamente, un amplio margen para la interpretación, que antecede a la efectiva aplicación de las normas en cuestión. Este fenómeno, aunque es coincidente para todas las normas jurídicas, tiene su epítome en la Constitución, por ello, se han desarrollado en gran medida tesis de interpretación constitucional, y el estudio de este aspecto de la ciencia jurídica constituye una de las esferas más polémicas del conocimiento sobre el Derecho.

Anselmo Coelho Hernández.

Fajardo hace alusión a la importancia de la interpretación constitucional, puesto que “(...) los errores en la interpretación constitucional suscitan desacuerdos entre los poderes públicos, perturban la vida del país y hacen tambalear a las instituciones.”³, por ello, es que la interpretación de la Constitución, en tanto la búsqueda del significado que tenía el legislador, o autor de la norma cuando la produjo, es la tarea fundamental de los poderes públicos, principalmente la justicia constitucional.

Sobre ello ahonda García Pelayo, quien expone en su estudio del sistema constitucional de los Estados Unidos, que la ley que se aplica no es meramente aquella que fue dictada por el Congreso, sino más bien la que ha construido, con las bases que plantea el órgano legislador, el poder judicial, convirtiendo a este en una especie de órgano colegislador⁴, si se parte entonces de esta idea, surge aún más polémica con respecto al papel de los jueces en su tarea de interpretar la Constitución, que veremos más adelante con detalle.

Este papel de la interpretación es tan relevante en el caso de las normas constitucionales porque el constituyente, precisamente, ha creado normas con la capacidad de ser interpretadas en la posteridad, y cuyo texto es adrede amplio, generando el deber de desarrollar y derivar normas concretas en el legislador y los jueces. Esto, no obstante, no aplica para todas las normas constitucionales, puesto que hay algunas que son eminentemente claras, por ejemplo, aquellos en donde se expresa como condición necesaria una edad determinada para el ejercicio de un cargo público; pero estas normas no son la mayoría del texto constitucional, entonces, para todas aquellas normas que tienen un margen de interpretación, la tarea de los poderes públicos que están llamados a dicha labor es primordial.

Enmarcados en la tarea de la interpretación constitucional, dirime el constituyente la autoridad que está encargada de hacer las interpretaciones definitivas, y tal como indica Naranjo Mesa⁵, puede dejarse ello en manos de un órgano político o un órgano jurisdiccional. En todos los casos, existe dentro de la teoría de la interpretación constitucional, la certeza de que no se

³ Ángel Fajardo, *Compendio de derecho constitucional general y particular*. (Caracas: LEX, 1990), p. 326

⁴ Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*. (Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1961), pp. 418-424.

⁵ Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*. (Bogotá: Editorial Temis, 2014), pp. 425-439.

Anselmo Coelho Hernández.

pueden seguir las mismas técnicas o guías que se usan para la interpretación legal, dígase, los principios de *lex posterior* o *lex specialis*, entendiendo que la Constitución ha de interpretarse como un todo en sí misma, además, como norma fundamental de un sistema complejo. Esto ha dado lugar al desarrollo de teorías específicas de la interpretación constitucional, que buscan dotar al juez o al intérprete en general, de principios y modos de actuar que tengan como producto la interpretación más correcta de la norma constitucional.

II. El originalismo

Al hablar de interpretación constitucional, sería negligente ignorar la postura, o más bien, serie de posturas originalistas. Esta visión sobre la interpretación constitucional se ha desarrollado fuertemente en los Estados Unidos, incluso teniendo entre sus proponentes a excelsos magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esta propuesta frente a la tarea de la interpretación no solo contempla dentro de sí una gama de posturas con distintivos, sino que también ha evolucionado hasta constituirse como la filosofía judicial más utilizada por la Corte Suprema de Justicia, y demás jueces federales, a la hora de dirimir casos que requieren de la construcción de un concepto constitucional difuso o abierto.

Breve acercamiento.

Hablar del originalismo como una postura monolítica, sería menoscabar a un gran grupo de pensadores que proponen, desde sus espacios, distintas formas de entender y ejercer el originalismo a la hora de la interpretación; más bien, podríamos considerar que el originalismo constituye un grupo ecléctico de posturas, que tienen en común un número determinado de tesis, que representan el fundamento principal de sus teorías, y que guían a quienes la practican.

Es importante establecer un primer delimitador con respecto al originalismo, partiendo de la primera forma de interpretación jurídica conocida, el textualismo puro. De acuerdo a Wurman⁶, el textualismo solo provee de una respuesta correcta cuando se interpreta, y es aquella que se deriva exclusivamente de la lectura de la norma; en sustitución, el originalismo provee de un rango de posibles respuestas, esto, en atención a la indeterminación natural del

⁶ Ilan Wurman, entrevistado por la *Federalist Society* en *No. 86 Lecture* publicado el 21 de octubre de 2021, consultado en https://www.youtube.com/watch?v=ERIF-fhRd1U&ab_channel=TheFederalistSociety

Anselmo Coelho Hernández.

lenguaje, que refiere el propio Madison en el Federalista N° 37, lo que deja claro que los fundadores de los Estados Unidos conocían la posible imperfección de su norma⁷. De este modo, entonces, observamos como el campo del originalismo se delimita en cuanto a la interpretación, deslastrándose de la interpretación exclusivamente textual.

Ahora bien, si queda claro que la finalidad de la interpretación constitucional es dotar de significado a la norma, la pregunta primordial es cuál significado pretende dar el originalismo a la norma que interpreta. De acuerdo a Solum⁸, gran contribuidor a la determinación conceptual del originalismo, existen dos tesis que se representan como las ideas centrales del originalismo, en cualquiera de sus acepciones. La primera tesis es la de la fijación, que nos indica que el significado que busca obtener el intérprete es aquel que fue fijado en el momento de la adopción de la norma, dando certeza con respecto a la vinculación que tiene la norma con sus autores. Luego, la tesis de más reciente adopción, que es la del significado público original (*original public meaning*) propuesta inicialmente por Keith Wittington⁹, del cual derivamos que el significado, que entendemos fijado, es también aquel que, de la lectura de la norma, habría entendido el destinatario de esta, *ergo*, la gente común. Es menester elaborar con respecto a esto.

La significación pública original de la norma plantea dentro del originalismo la necesidad de revisar, no solamente el texto de la norma, que bien podría contener ambigüedades, sino que, para dar solución a ellas, hay que dotar a la norma de contexto, ello es, en lo que respecta a términos concretos "... no se violará el derecho del pueblo a *poseer y portar armas*" (énfasis añadido), la pregunta natural del juez que sigue una postura originalista sería descubrir que habría entendido de dicha norma el destinatario original¹⁰.

⁷ James Madison, "No. 37, Concerning the difficulties of the Convention in devising a proper form of government", en *The Federalist Papers*, editado por Clinton Rossiter (Nueva York: Signet Classics, 2003), pp. 220-227.

⁸ Lawrence Solum, "Interpretación constitucional: testeando el nuevo originalismo", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n° 9 (2020): pp. 124-140.

⁹ Oscar Pazo, "Los framers en serio: el originalismo y su impacto en la interpretación constitucional", *Revista Derecho del Estado*, n° 48 (2021): pp. 341-369.

¹⁰ Véase, con respecto a estos términos expresados en la Enmienda II de la Constitución de los Estados Unidos, el caso "District of Columbia v. Heller" Oyez. <https://www.oyez.org/cases/2007/07-290>.

Anselmo Coelho Hernández.

Otras dos tesis que coadyuvan con la sistematización de las posiciones originalistas, son la tesis de la restricción textual, que alude a que el significado tiene un carácter legalmente vinculante, por tanto, se puede comprender como una expresión del carácter normativo de la Constitución. En última instancia, existe la tesis de la contribución, de acuerdo a Laise¹¹, que se puede explicar con facilidad al hacer referencia a la famosa carta de Jefferson, que expresaba su deseo porque las leyes de una sociedad fueran hechas para los vivos, por los vivos; frase que se utiliza con frecuencia para justificar la adaptación de normas a los contextos sociales modernos; mucho menos famosa, pero útil, es la respuesta de Madison, quien, sin condenar la intención de Jefferson, le planteaba una realidad fundamental, y es que, siempre que las leyes dictadas fueran consideradas una mejora con respecto al estado de tiranía o anarquismo, deberían utilizarse como bases, puesto que estas contribuyen al avance del contenido actual de las normas.

Este aspecto de la Constitución implica que esta restringe a las próximas generaciones, en el sentido de que existe una serie de normas jurídicas que los atan, incluso para poder modificarlas, deben pasar, para que las modificaciones tengan validez, por el proceso que determine el texto fundamental. Este principio es extensible a lo que en la práctica de interpretación constitucional en los Estados Unidos se conoce como *stare decisis*, aquel que les indica a los jueces que lo decidido, se mantiene; ello ha significado en ocasiones un debate frente a la posición del originalismo en tanto este principio, pero la corrección de interpretaciones absolutamente erróneas de la Constitución, tal como la del fatídico caso Dred Scott¹², pueden, e incluso deben, en el contexto del originalismo, ser corregidas.

Descripción metodológica.

En el plano de la aplicación, para un ejercicio efectivo de la interpretación según la guía del originalismo, existe un método, estatuido por una serie de criterios de interpretación y algunos presupuestos semánticos, que se complementan con una práctica concreta de lo que la

¹¹ Luciano Laise, “La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”. *Historia Constitucional*, n° 18 (2017): pp. 245-292.

¹² El caso en cuestión, decidido en 1857, dictaminó que Dred Scott no tenía legitimidad para elevar una solicitud ante el Poder Judicial de los Estados Unidos, por no ser considerado un ciudadano, considerando además inconstitucional el Compromiso de Missouri de 1820, haciendo referencia a la condición de propiedad de los esclavos, y que, bajo la quinta enmienda, ningún ciudadano podía ser privado del ejercicio de su propiedad sobre los esclavos. Para más referencia: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>

jueza Ketanji Brown Jackson¹³ define como una metodología jurídica, que bien podría entenderse como una derivación de una filosofía jurídica.

El primer criterio que debe utilizar el juez a la hora de interpretar una norma constitucional, en este sentido, es el de determinar la intención del autor de la norma. Sobre esto, establece Laise¹⁴, se debe hacer una diferenciación entre los motivos y las intenciones; en el contexto de la interpretación constitucional, al referirnos a motivos, queremos aludir a las razones internas que dieron lugar a la existencia de la norma, aquellas que podrían responder el por qué o para qué existe una disposición específica; ellos, en los ojos del juez que pretende interpretar la norma, son irrelevantes para este objetivo, puesto que tienen una naturaleza eminentemente individuales y no deben ser escrutados para analizar una norma, mucho menos en los casos en donde el autor de ella sea un cuerpo colegiado. Son relevantes, entonces, las intenciones del autor de la norma, ello es, lo que se quiso establecer con ella, y si seguimos más concretamente la tesis del significado público original, la intención sería aquella que se obtiene de analizar lo que se pretendió comunicar a la audiencia con ella. La aceptación de esta tesis es colindante con el descarte de las motivaciones internas, fijándose expresamente en el texto de la norma y, tal como veremos más adelante, los debates que tuvieron lugar para su creación. De acuerdo con Scalia, el gobierno de la intención no expresada es, como el gobierno a través de leyes ininteligibles, similarmente tiránico¹⁵; constituye también una desnaturalización de los principios del gobierno republicano, que se fundamenta en que el ejercicio de gobierno es aquel de las leyes, no el de los hombres.

Luego entonces, habiendo comprendido la importancia de atender a las intenciones y no a los motivos, es prudente estudiar más en concreto este aspecto, lo que constituye el segundo criterio de interpretación. Podemos establecer tres niveles de intención comunicativa por parte del autor de una norma, que darán lugar a distintas formas de interpretación.

¹³ Ketanji Brown Jackson, expresado en las audiencias de confirmación ante el Comité Judicial del Senado de los Estados Unidos ante múltiples senadores, marzo de 2022.

¹⁴ Luciano Laise, *op. Cit.*

¹⁵ Antonin Scalia, “Common-law courts in a civil-law system”, en *A matter of interpretation*, por Antonin Scalia (Princeton: Princeton University, 2018), p. 17.

Anselmo Coelho Hernández.

El primer nivel, denominado nivel de claridad, es aquel en donde el lenguaje utilizado por el autor de la norma es claro e inequívoco, que no da lugar a distintas construcciones conceptuales. En este nivel, bien podríamos seguirnos de la máxima latina *in claris, non fit interpretatio* o en la claridad, no cabe la interpretación. Cuando es este tipo de norma el que es objeto de análisis, el juez no debe sino aplicar un sencillo silogismo jurídico, de forma tal que, por ejemplo, si hablamos de las normas que hacen referencia a la edad requerida por la Constitución de Venezuela para el ejercicio del cargo de presidente de la República, observamos que la disposición expresa “Para ser elegido presidente o presidenta de la República se requiere ... ser mayor de treinta años ...”¹⁶, es absolutamente inequívoco a qué se refería el constituyente con esta redacción, por ende, no es necesario adentrarse en la tarea interpretativa de darle sentido a las palabras de la norma, sino aplicarlas.

En el segundo nivel, que podemos denominar de ambigüedad, nos enfrentamos a una situación que, en el marco de la interpretación constitucional, especialmente cuando los textos son antiguos, plantea un reto aún mayor. En los planteamientos doctrinarios con respecto a la ambigüedad, se tiene por entendido que la forma de solución de estas lagunas en la norma se solucionan por contexto; en el caso de los textos constitucionales, observamos que el fenómeno es tal, que en la fecha de adopción de la norma, naturalmente, existía claridad con respecto a los términos utilizados, pero, ya sea por el avance de los tiempos, ya sea por cambios en el lenguaje, en la actualidad la norma puede tener distintas interpretaciones. El objetivo del juez frente a esta norma no debe ser más que despejar la ambigüedad, y para hacerlo, es menester darle contexto a los términos difusos; para esta tarea, el originalismo propone el uso de fuentes y evidencia históricas, tal como veremos en detalle.

El tercer, y último nivel, es el denominado de vaguedad. En este nivel encontramos las normas que no son sencillamente interpretables por los criterios y estrategias anteriormente descritos, puesto que no existe claridad en el lenguaje, y el contexto no soluciona la problemática. En este caso, la labor del juez pasa a ser más profunda, puesto que la interpretación no pasa por darle el significado preciso a la norma, sino, más bien, por otorgar un significado que no se contradiga con el piso semántico de la norma. Es en este nivel en donde

¹⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), artículo 227.

Anselmo Coelho Hernández.

más podemos encontrar aquello de distintas respuestas posibles, y obteniendo toda esta serie de respuestas, la guía que debe seguir el juez constitucional es aplicar aquel significado que se encuentre dentro de los límites de las reglas procedimentales que se estipulan, y el piso semántico de la norma, de tal forma que no se genere una antinomia.

Descritos los anteriores, pasamos al último aspecto de importancia que se debe analizar en cuanto al procedimiento de interpretación del juez originalista. Este aspecto se relaciona íntimamente con el segundo nivel de intención de los autores de la norma, aunque ciertamente, tiene utilidad para cualquier acción interpretativa que se lleve a cabo.

En este aspecto, lo más fundamental es determinar quiénes son los portadores de la intención original, es decir, cuáles intenciones deben ser evaluadas. Sobre esto, en los Estados Unidos, existen dos posiciones enfrentadas: la primera, estima que la intención original es la de los redactores de la Constitución, es decir, la Convención de Filadelfia, siguiéndose de los argumentos de que existe una autoridad superior de este cuerpo, en tanto los ratificadores no podían modificar las normas, solo podían admitirla o rechazarla, para comprender dicha intención, el intérprete debe observar los diarios de debates; la segunda postura defiende que los titulares de la intención original eran más bien los cuerpos ratificadores (las legislaturas estatales), puesto que, al momento de la adopción de la Constitución, los debates de Filadelfia eran aún secretos, y por ende, quienes ratificaban la norma lo hacían con base en su comprensión de lo allí expresado, en este caso, dilucidar la intención original pasa por escrutar los diarios de debates de distintos cuerpos ratificadores.

Ahora bien, establecidas las tesis de interpretación, podemos hablar de los presupuestos semánticos que deben seguirse para esta labor. Para esto, Laise nos indica que debemos seguir la teoría de la acción comunicativa de De Lora, comprendiendo, como establece Atienza¹⁷, la norma constitucional como un enunciado lingüístico. Dicha teoría nos expresa que con toda acción de comunicación observamos tres intenciones: la fonética, que supone la realización de sonidos o grafismos; la locucionaria, en donde los sonidos o grafismos adquieren un significado determinado; y, por último, la intención ilocucionaria, que es por la cual pretende realizar cosas

¹⁷ Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*. (Madrid: Editorial Arazandi, 1997) pp. 28-30.

Revista de la Facultad de Derecho N° 76.

2022-2023

ISSN: 2790-5152

Anselmo Coelho Hernández.

por el uso del lenguaje. En este sentido, se expresa que el éxito de la interpretación de una norma constitucional se determinará en cuanto a la cercanía que existe entre la interpretación y la intención ilocucionaria del constituyente o autor.

Pero este éxito depende de un aspecto fundamental del lenguaje, entendido como el medio que se utiliza para comunicar una norma, y es que el lenguaje está gobernado por reglas convencionales, y no podrá ser exitoso si la audiencia y el autor no poseen un conocimiento compartido sobre dichas reglas. El significado de cualquier enunciado depende enteramente de que exista, como se indicó, conocimiento del emisor y del receptor del mensaje que les permita llevar a cabo una comunicación efectiva, por ende, para la interpretación, es condición *sine qua non* que se tome en cuenta este conocimiento compartido que da pie a la existencia de la norma y de la efectividad que ella pueda tener sobre una audiencia.

Esta constituye una breve aproximación al aspecto metodológico del originalismo, que debemos tomar en cuenta que se representa en una serie de teorías con discrepancias internas, pero que coinciden en ciertos puntos determinantes, que los proponen como una filosofía cierta para el alcance de una interpretación fiel de las disposiciones constitucionales, por tanto, fiel a la intención del soberano y a los límites que este dispone para sí mismo con la existencia de la Constitución. En última instancia, la gran ventaja que propone el originalismo consiste en la autorestricción del juez constitucional, un elemento fundamental en la existencia y perpetuidad del Estado de Derecho.

Esta autorestricción va desde la determinación de límites para la labor del juez constitucional, que puede representarse en la determinación de ciertas cuestiones como de naturaleza política (*political question*)¹⁸ y por ende extrañas a su competencia; hasta el entendimiento de que la labor del juez constitucional consiste, específicamente, en dar aplicación y vigencia a normas que fueron escritas por orden y decisión soberana, para constituir un orden social y jurídico determinado; ello excluye de su labor la creación o modificación de normas, como veremos.

¹⁸ Doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, con respecto a determinados asuntos cuya respuesta debe ser otorgada por los organismos de naturaleza política, como la Presidencia o el Congreso, ya que no es apropiado constitucionalmente que la Corte dé una respuesta sobre ese respecto.

III. El papel del juez constitucional

La descripción de la interpretación constitucional que hemos hecho hasta ahora parte de una base eminentemente objetiva, sin embargo, el elemento subjetivo de la interpretación constitucional no es menos importante, incluso, dirían algunos, es el más importante de los dos, ello es, el juez constitucional.

La figura del juez constitucional se ha desarrollado en la doctrina y en la teoría constitucional de maneras disímiles a lo largo del mundo, es una figura de estudio mucho más polémica en Latinoamérica con respecto a los Estados Unidos, por ejemplo. Pero la referencia que pretendemos hacer en este breve comentario, se refiere al papel del juez constitucional, en concreto, al momento de la interpretación constitucional, como esta labor pone en jaque las teorías de la Constitución como instrumento de pacificación social o *living Constitution* y la fundamentación práctico-moral de la labor judicial de interpretación constitucional limitada.

Conflicto con el legislador.

El papel principal del juez constitucional en un Estado de Derecho, consiste en hacer un control de los actos que emiten los demás poderes, en ejercicio de sus atribuciones, sin embargo, esta función no se ejerce por sí misma, puesto que no tendría valor de no cumplir con el objeto de proteger la Constitución y los Derechos Humanos, más aún en aquellos contextos en donde los apartados dogmáticos del texto fundamental incluyen cláusulas alusivas a estos últimos.

Esto, de acuerdo a Mellinshoff¹⁹, supone la existencia de un conflicto con los demás poderes del Estado, principalmente, el poder legislativo. En cuanto al aspecto formal, el conflicto se representa en que la jurisdicción constitucional, en ejercicio de sus funciones, pueden revisar la legislación producida; también está dentro de sus posibilidades ordenar al parlamento crear nueva legislación, y al poder ejecutivo actuar de una manera determinada. El conflicto existe principalmente con el legislador puesto que éste es quien está llamado a interpretar, en primera instancia, el texto constitucional.

¹⁹ Rudolf Mellinshoff, “Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* n° 17, (2011): pp. 485-502.

Anselmo Coelho Hernández.

La injerencia político-constitucional es la génesis del conflicto que existe entre los tribunales constitucionales y los cuerpos legisladores, ya que, cuando los tribunales ejercen su función de protección de derechos fundamentales, en una concepción original, hablamos de derechos de autonomía, es decir, la definición de espacios jurídicos en donde el legislador no puede actuar válidamente, porque limitaría el ejercicio legítimo de los derechos ciudadanos. En definiciones más modernas, también se admite dentro de la protección de derechos fundamentales, la imposición de obligaciones a los demás órganos del poder público, como se expresó anteriormente, un ejemplo de ello se registra en las obligaciones de legislar.

Esta injerencia constituye también una distorsión con respecto a la estructura de funciones pautada en la Constitución, puesto que el poder judicial, aún en su faceta de justicia constitucional, se encuentra al mismo nivel que los demás poderes; sin embargo, al realizar la interpretación constitucional, que en el plano del control de constitucionalidad, es una interpretación de segunda instancia con respecto a los actos que han realizado otros poderes, fácticamente, el juez constitucional se coloca en una posición superior a los demás poderes, aunque en esencia, esta labor debe restringirse a hacer una válida aplicación de las normas constitucionales.

Una solución, aunque rudimentaria, al problema de la injerencia político-constitucional, la podemos observar en la autolimitación esgrimida por los jueces constitucionales en los Estados Unidos, con la doctrina de la pregunta política, en donde ciertas disputas que se presentan ante las cortes no son aceptadas porque la naturaleza de la disputa no corresponde a los cuerpos judiciales del poder público, sino que deben encontrar solución en los cuerpos políticos, es decir, el Congreso o el poder ejecutivo, esto ya que la disputa tiene un carácter subyacente evidentemente político, y no es apropiado para la Corte dictar soluciones en ese aspecto, por no constituir una cuestión legal.

Aún con ello, esta solución no es válida en todos los contextos, puesto que, tal como indica Mellinshoff en su análisis, el caso de la jurisdicción constitucional alemana, los tribunales deben admitir y decidir todas las causas que se les presenten; en esta situación, la solución podría pasar por la existencia de requisitos para el ejercicio del cargo de jueces. Esta sigue siendo solo una solución parcial, puesto que, como tal lo han comprobado casos como el

Anselmo Coelho Hernández.

de Venezuela, la existencia de los requisitos no basta cuando no existe la voluntad de cumplimiento de los mismos, e incluso, esto no garantiza que los individuos que ejerzan el cargo cumplirán con los estándares de conducta.

Un posible complemento a la existencia de una lista de requisitos podemos encontrarla en el dictamen de códigos de ética o códigos de conducta judicial, que puedan ser ejecutados a todos los niveles del poder judicial, inclusive las jurisdicciones constitucionales²⁰. A nivel internacional, la demostración más sólida de los esfuerzos dirigidos a la garantía de la buena conducta y ética judicial, se configuró en 2003, cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas emitió los “Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial”, complementarios a los anteriores “Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura”²¹.

Aproximación moral.

El juez constitucional, en el ejercicio de la competencia de interpretación constitucional, como hemos establecido, entra en un conflicto con el legislador, además, en general, puede entrar en conflicto con los otros poderes públicos. Esto plantea una diatriba importante, puesto que es también conocida la afirmación de “la ley es lo que los jueces dicen”²². Esto plantea dos preguntas importantes ¿los jueces pueden aplicar la norma implícita? Y de poder hacerlo ¿pueden los jueces cambiar el sentido de la norma por esta ser injusta?

En cuanto a la primera duda, como bien se ha propuesto anteriormente en este análisis, es evidente que los jueces tienen una competencia explícita de aplicar la norma jurídica, y en particular, la del juez constitucional, de aplicar la norma constitucional, tal como fue diseñada. Existen, también, normas constitucionales que por diseño tienen un importante carácter implícito, o lleno de conceptos jurídicos que deben ser dotados de contenido, y es un deber primordial del juez aplicarlos, no solo cuando se le solicita, sino en todos los casos que se

²⁰ Sobre esto, existe en la actualidad una discusión atinente a la posible existencia de un Código de Ética para la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

²¹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas “Fortalecimiento de los Principios Básicos de la Conducta Judicial”, E/CN.4/2003/65 (10 de enero de 2003), disponible en: https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf

²² Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional* (Caracas: UCAB, 2004), quien cita al juez Charles Evan Hughes, a quien se le atribuye dicha afirmación.

Anselmo Coelho Hernández.

presenten ante él. Entonces, en este sentido, la duda se disipa en cuanto al deber que tiene el juez de aplicar de manera sistemática y homogénea el texto constitucional, incluso en aquellos casos en donde la norma textualmente no se ha establecido con claridad.

Ahora bien, la segunda pregunta tiene detrás de sí un cuestionamiento más complejo, pero la respuesta, no es por ello, menos esquemática. Desde una perspectiva enteramente positivista, el solo planteamiento de la duda constituye un agravio al Derecho, puesto que la cuestión de la justicia, desde esta óptica, no es propia de la ciencia jurídica, el objeto de la ciencia del Derecho debe versar en torno a las normas tal y como existen, con su naturaleza sancionatoria y la existencia dentro de un sistema complejo, dictado por el legislador. Si nos extrapolamos de esta visión, sin embargo, podemos dar cabida a la pregunta, y en este caso, la respuesta sigue un orden lógico casi de silogismo, sustentado, ciertamente, en una duda razonable con respecto a la posición del juez constitucional frente a la norma.

Entonces, para alivianar o subsanar la duda, partimos de que la existencia de la norma constitucional no es más que la expresión de la voluntad popular, como hemos definido; la decisión del soberano, sin más ataduras que las dictadas por su propia conciencia, de establecer una norma que le dé fundamento a todo el sistema jurídico. Luego, todos los jueces, incluso el juez constitucional, obtienen sus competencias directamente del texto constitucional, por ende, es natural inducir que, habiendo sido creado por la Constitución, el juez constitucional está sujeto a ella. De ahí tenemos, sin dudas, que al estar sujeto, como en efecto lo está, a la Constitución, el juez no podría válidamente modificarla, puesto que, al hacerlo, estaría actuando en contravención con su misión principal, la protección, salvaguarda y aplicación de la norma constitucional.

Aún podría subsistir la duda, cuando se eleva este cuestionamiento, si el juez efectivamente está atado a las normas, aun cuando estas sean evidentemente injustas. Valdría hacer la repregunta en este caso, de quién ha determinado a una norma como injusta, según cuáles estándares; pero cuando esto puede ser resuelto de manera inequívoca y plural, entonces ¿podría el juez desaplicar la norma? La respuesta sigue siendo no, ya no por un asunto competencial, que hemos esbozado, sino por algo mucho más significativo, y es una realidad flagrante que desemboca de los planteamientos hechos. Anteriormente se ha sostenido aquella

Anselmo Coelho Hernández.

frase de que la ley es lo que dicen los jueces que es, pero en el caso de la Constitución, el juez no está simplemente aclarando un texto dictado por un poder público, con el mismo rango que éste, sino que está interpretando la voluntad directa del soberano, al que se debe indistintamente de su posición con respecto a la norma.

No es menos cierto que la prosecución de un sistema eminentemente injusto sería contrario a los fines del Derecho, y a la larga, un agravio para la sociedad que se rige por estas normas; pero la cuestión no radica allí, puesto que si la norma se ha determinado como injusta, existiendo un consenso generalizado al respecto, corresponde exclusivamente al soberano, y en los casos en donde existe, al órgano que se haya habilitado para ello, modificar, por las vías existentes, a la Constitución, dándole entonces al juez constitucional nuevas herramientas, pero sin lugar a dudas, no es su papel desaplicar ninguna norma, ni modificar el sentido de esta a placer, puesto que, como bien establece la teoría originalista, el sentido de la norma fue fijado en el momento de su aprobación y ratificación, y en todo caso, siguiendo también la tesis de la contribución, la norma, aun injusta, aporta al sistema construido sobre ella.

Culminando con este aspecto, es conveniente pensar en la duda razonable que hemos referido, y ella es, en los casos en donde la norma puede ser considerada errónea, pero a la larga no lo sea ¿es más aceptable que se equivoque el soberano, que manifiesta la voluntad común de ser regido por determinado texto, o un juez, con competencias derivadas del texto constitucional, que tiene con respecto a este una posición inferior y específica? La respuesta, sin dudas, recae en la primera opción, puesto que más funesta sería la equivocación de un órgano creado para proteger y salvaguardar un texto dictado y fijado, que haya desviado el significado, desmontando y reconstruyendo a placer el sistema en el que se inserta. Por ello encontramos una amenaza tan importante a nuestros sistemas en el activismo judicial, y en el desapego al significado original de la norma constitucional.

IV. Caso América Latina

La justicia constitucional en América Latina constituye por sí misma un objeto de estudio profundo y multifacético, puesto que su evolución no puede restringirse, como es el caso de los Estados Unidos, a la jurisprudencia de un órgano particular, sino que en nuestra

región observamos una importancia mayor en la doctrina científica y la jurisprudencia divergente de los tribunales constitucionales nacionales con respecto a estos asuntos.

Nos disponemos, entonces, a delinear la existencia o no de la presencia del originalismo como filosofía de interpretación en Latinoamérica, y como puede aplicarse, en caso de que exista; la relación que tiene esta filosofía de interpretación con el derecho a la fiel interpretación y, por último, las amenazas y consecuencias del desapego de la justicia constitucional a estos principios.

Originalismo en Latinoamérica.

Si se hace una observación con ánimos descriptivos del estado de la interpretación constitucional en la región, podemos notar que la temática del originalismo no es una que se discuta tan ávidamente como otras, esto se extiende desde la jurisprudencia de las Cortes, hasta la doctrina científica encargada de tratar estos asuntos. No es un secreto que el desarrollo constitucional latinoamericano ha tomado vías muy distintas en forma y fondo al de los Estados Unidos, pero es precisamente por esto, por las particularidades que tienen nuestros sistemas, que el originalismo constituye una importante garantía para los ciudadanos.

El originalismo no es, en lo absoluto, una teoría desfasada o inaplicable en la región, tal como explica Solum²³, que sostiene que nuestros textos constitucionales, en muchas ocasiones, no solo le dan cabida implícita al originalismo, sino que de manera indirecta lo consagran como una vía de interpretación válida. Es el caso de las constituciones que incorporan dentro de sus normas los tratados internacionales²⁴, es el caso que los tratados internacionales tienen como práctica, en lo que se refiere a sus normas de interpretación, disponer que se aluda a los conocidos como trabajos preparatorios, que no son más que una forma de encontrar, a través de

²³ Lawrence Solum, *op. Cit.*

²⁴ Véase el caso de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 23: “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.” Y la Constitución Política de la República de Colombia, en su artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

Anselmo Coelho Hernández.

la revisión histórico-judicial, el significado original de las normas en su texto contenidas. Tal como hemos elaborado anteriormente, este método de investigación complementaria a la interpretación propiamente dicha es el aceptado más ampliamente por el originalismo. Ahora bien, en este mismo aspecto, se debe entender que los tratados internacionales que se incorporan en el orden interno lo hacen en virtud de una norma constitucional, es decir, la Constitución es la que, autónomamente, rige su relación con los tratados, en tal sentido, se debe interpretar esta norma fundamental, conforme a su significado original, para poder establecer correctamente la relación de derecho existente entre los dos órdenes.

También postulamos que el originalismo en la región tiene una importante ventaja con respecto a otras filosofías de interpretación, y es que una de las principales objeciones que existen, aquella a la que hemos hecho referencia citando a Jefferson, es la de que las normas constitucionales creadas hace lapsos de tiempo muy grandes pueden imponer en la sociedad un gravamen que ya no es representativo de su voluntad soberana, esto es “el gobierno de los muertos por encima de los vivos”, pero, evidentemente, la tradición constitucional latinoamericana, de la cual ignoraremos momentáneamente sus vicios, hace que nuestros textos fundamentales sean evidentemente recientes, y con una vigencia normativa absoluta, desmontando la necesidad de establecer una discusión con sociedades anteriores y diferentes a las que rige el texto en la actualidad.

Como último punto, estableceremos la ventaja comparativa del originalismo frente a las tesis de *living constitution* o Constitución como instrumento de pacificación social. La historia política constituyente de Latinoamérica se ha decantado activamente por la segunda opción, no tanto observándose desde la óptica de la interpretación constitucional, sino propiamente en la creación y desarrollo de textos constitucionales derivados de las coyunturas políticas. Especialmente en el caso venezolano, está bien establecida por la doctrina una relación entre los cambios políticos y las renovaciones constitucionales²⁵; esto es un síntoma de la forma de comprensión de la constitución en la región, más cercano a las ideas políticas de pacto social que a las ideas jurídicas de norma suprema. La extrapolación de este fenómeno a la

²⁵ Véase sobre esto: Allan Brewer-Carías, *Historia constitucional de Venezuela, Tomo I* (Caracas: Editorial Alfa, 2008).

Anselmo Coelho Hernández.

interpretación constitucional significaría, sin lugar a dudas, un riesgo para los órdenes normativos de la región, que ya pueden considerarse pecaminosos por su inestabilidad, si anexamos a ello la libre interpretación de normas, conforme a los procesos políticos o sociales, que de por sí ponen en tela de juicio el valor de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, estamos en presencia inequívoca de la equiparación de la Constitución con la ley. En este sentido, el originalismo es una garantía frente a la vorágine de la deconstrucción de la constitución por la vía judicial, e incluso podría servir como un primer paso hacia una progresiva estabilidad constitucional en la región, en donde se adopten las vías de enmienda y reforma constitucional como las convencionales, en contraposición a las constituciones desaplicadas *de facto* y las convenciones o asambleas constituyentes ilimitadas.

Derecho a la interpretación fiel.

Es menester iniciar con la comprensión de que el derecho a la interpretación fiel podría parecer, en un primer acercamiento, una perogrullada, ya que es bien sabido que la interpretación jurídica debe, taxativamente, hacerse conforme al texto y la intención del legislador. En el plano constitucional, sin embargo, las teorías de interpretación permiten separarse de la interpretación textual o apegada de la norma, a través de la concreción de valores y principios, e incluso de la deconstrucción de normas específicas en virtud de la interpretación conforme a los valores superiores del ordenamiento jurídico, que los jueces definen libremente. Es por ello que no es un mero formalismo la afirmación de este derecho.

Ahora bien, la ubicación concreta de este derecho, dentro del más amplio derecho a la constitución²⁶, es una labor menos sencilla. Bien se ha establecido que el derecho a la constitución comprende, principalmente, su supremacía y su tutela judicial efectiva. Podríamos asumir, del derecho a la fiel interpretación, como una parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, o como un aspecto autónomo.

²⁶ Allan Brewer-Carías, “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.”, en *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, coordinado por Sergio Cuarezma y Rafael Pichardo (Managua: INEJ, 2011), pp. 73-94.

Anselmo Coelho Hernández.

Comprender este derecho como parte de la tutela judicial efectiva, implica necesariamente que se comprenda la tutela judicial efectiva como un elemento no solo procesal, sino sustantivo del derecho. Esto reside en el hecho de que la interpretación constitucional no es un simple elemento formal de la labor de la jurisdicción constitucional, más bien, es el fondo del asunto. En este caso, entonces, la tutela judicial efectiva no se agota con la existencia de las acciones y procedimientos destinados a la exigencia de la aplicación de la Constitución, sino que incluso, cuando las decisiones concernientes a estas acciones no sean satisfactorias, podría discutirse con respecto a la tutela judicial efectiva. No somos de esta opinión, puesto que consideramos que la mayor manifestación de la tutela judicial efectiva no se representa como un asunto material, sino más bien formal, traducido en la existencia de una jurisdicción constitucional, y de acciones concretas destinadas a esta jurisdicción, tal como el amparo.

Es por ello que sostenemos que el derecho a la fiel interpretación es un aspecto autónomo del derecho a la constitución. Este razonamiento radica, principalmente, en que la interpretación fiel no se agota con el reconocimiento de una acción procesal destinada a buscar la interpretación de una norma constitucional, sino que el examen de garantía de este derecho se ubica en la lectura y comprensión de las decisiones judiciales que interpretan la Constitución. Observaremos que el derecho se garantiza, en estos casos, cuando la interpretación realizada por los jueces sea fiel a la intención normativa del constituyente, en cambio, cuando se desvíe o se modifique *de facto* la norma, estaremos frente a un caso de inobservancia del derecho a la fiel interpretación.

En este sentido, podemos confirmar que el derecho a la fiel interpretación no es solo un aspecto autónomo del derecho a la constitución, sino que tiene una importancia vital para poder afirmar que este derecho existe. No puede agotarse solo con la existencia de las vías jurisdiccionales para su exigencia, sino que en su aplicación material, los jueces tengan como norte en su ejercicio interpretativo, el respeto y guarda de la norma en cuestión.

Amenazas para el Estado de Derecho.

El juez constitucional tiene una doble función frente a la Constitución, tal como indica Casal²⁷, al mismo tiempo siendo guardián e intérprete de la norma. Esta doble función no se ejerce alternativamente, sino que con cada interpretación que lleva a cabo el juez constitucional, debe tener como norte la protección y salvaguarda de la norma constitucional que ha sido dictada, como hemos elaborado anteriormente, de acuerdo con la voluntad del soberano.

En Latinoamérica, sin embargo, los órganos de jurisdicción constitucional han sido fuertemente influenciados por posturas filosóficas como el neoconstitucionalismo; que sostienen que la Constitución tiene una vida propia, que muta y se modifica constantemente, y en donde la labor de los jueces es, al interpretar, adaptar la norma a los tiempos corrientes, tomando en cuenta que la Constitución tiene una voluntad propia que cambia, de acuerdo a las necesidades sociales del momento. Esta postura filosófica es la que en el debate interpretativo de los Estados Unidos han denominado como *Living Constitution*.

Esto ha derivado en una epidemia de activismo judicial ejercido por las cortes constitucionales de la región, incluso en casos como el venezolano, un activismo judicial motivado por razones políticas, violatorio de las disposiciones constitucionales y los principios fundamentales del Estado de Derecho²⁸. Sin embargo, este ejemplo no es restrictivo del régimen autoritario venezolano, a pesar de que el mismo tenga un carácter ejemplificativo de gran relevancia para estos efectos.

La realidad es que el activismo judicial, como práctica en la región, ha generado lo que cierta parte de la doctrina denomina como mutaciones ilegítimas de las Constituciones, como es el caso del Salvador, a través de su Sala de lo Constitucional²⁹; que avaló la reelección presidencial, haciendo una interpretación evidentemente contraria a la intención del

²⁷ Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional* (Caracas: UCAB, 2004), pp. 280-285.

²⁸ Sobre esto, el Dr. Allan Brewer-Carías ha trabajado profundamente, podría consultarse, a modo de introducción, su trabajo “Tribunal Constitucional en Venezuela y la impartición de injusticia inconstitucional vaciando de poderes a la Asamblea Nacional en 2017” en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/08/1193.-conf.-texto.-Brewer.-TRIBUNAL-CONSTITUCIONAL-E-IMPARTICI%C3%93N-DE-INJUSTICIA-INCONSTITUCIONAL.-Lima-25.8.2017-2.pdf>

²⁹ Sentencia 1-2021 del 3 de septiembre de 2021, “*Pérdida de los derechos de ciudadanía*”, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Salvador.

Anselmo Coelho Hernández.

constituyente salvadoreño, que dispuso la prohibición expresa de ser candidato presidencial a quien “haya desempeñado la Presidencia de la República por más de seis meses, consecutivos o no, durante el período inmediato anterior, o dentro de los últimos seis meses anteriores al inicio del período presidencia.”³⁰.

Estos son ejemplos flagrantes de las mutaciones constitucionales ilegítimas, pero no constituyen los únicos, y es allí en donde radica la mayor amenaza al Estado de Derecho que se esconde detrás del neoconstitucionalismo. No podemos desconocer los aportes de las teorías de la interpretación que se aplican extensivamente a la materia de derechos fundamentales, ya que constituyen la médula del desarrollo de categorías de derecho como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; ahora bien, lo que no puede ser admisible es que estas teorías se apliquen indefectiblemente en todos los casos, puesto que, como hemos sostenido, el principal sustento de la interpretación debe ser buscar el descubrimiento del significado de la norma, como fue entendida en el momento de su nacimiento.

Desde una perspectiva política (que no pretende ser el objeto de este escrito), estas desnaturalizaciones de instituciones constitucionales, se dan en marcos de desarrollo de tendencias autoritarias por parte del gobierno, de modo que el juez constitucional se convierte en un actor activo de la erosión de la democracia en un Estado. Esta actividad del juez constitucional, sin lugar a dudas, constituye una violación a sus deberes como protector de la Constitución, más aún cuando la norma en cuestión consagra, como suele ocurrir, a la democracia como un principio rector de todos los poderes del Estado, y como el centro de las garantías civiles y políticas de los ciudadanos.

En aquellas ocasiones en donde se evidencian los embates autoritarios contra las instituciones democráticas, los jueces constitucionales adquieren la responsabilidad de hacer frente a quienes ataquen dichas instituciones, actuando, en múltiples ocasiones, contra los actos de los demás poderes públicos que pretendan menoscabar la voluntad soberana que se impregnó en la Constitución. Este deber se manifiesta ante todos los ciudadanos, pero no podemos hacer caso omiso de la cualidad especial que tienen los jueces constitucionales, al ser quienes aplican

³⁰ Constitución de la República del Salvador, Decreto Constituyente N°38 del 15 de diciembre de 1983, artículo 152, numeral 1°.

la normativa constitucional, que se traduce en la necesidad de que dicha norma no sea desconocida o transformada, por ser esta, como hemos observado, un derecho de los ciudadanos.

CONCLUSIONES

La construcción académica del derecho a la Constitución, con sus caracteres y su íntima relación con el derecho a la democracia, realizada por el Dr. Brewer-Carías, constituye una institución fundamental del constitucionalismo moderno, que podríamos trazar históricamente hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su famoso artículo 16³¹; en donde se reconocen las implicaciones fundamentales de la Constitución, y podríamos entender estos caracteres como exigibles, derivados del derecho ciudadano a la Constitución.

Los elementos constitutivos de este derecho, dígame, la supremacía constitucional y la tutela judicial efectiva de la norma, han sido estudiados profundamente por la doctrina y la jurisprudencia, así como se ha reconocido la vertiente del derecho a la rebelión en textos constitucionales modernos. Entonces, se propone una nueva faceta de este derecho, cuya aplicación radica, principalmente, en la jurisdicción constitucional, ello es, el derecho a la fiel interpretación de la Constitución.

La fiel interpretación de la Constitución se configura, entonces, como un elemento esencial del efectivo derecho a la Constitución, en el sentido en el que la tutela judicial efectiva de las normas constitucionales pasa, usualmente y por su naturaleza de textura abierta, por la necesidad de dirimir las intenciones normativas del constituyente, para así poder aplicar a plenitud la norma. En este sentido, la interpretación debe tener como objeto descubrir con la mayor exactitud posible, cuál es el verdadero contenido de la norma constitucional, dotando de certidumbre a los ciudadanos de cara a la aplicación de las mismas.

Es por ello que consideramos que la teoría del originalismo de intenciones originales, que forma parte de la familia originalista, cuenta con un gran valor frente a la necesidad de interpretación. Esto, porque la teoría en cuestión tiene como misión clara el descubrimiento del

³¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) artículo 16: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.” Consultada en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Anselmo Coelho Hernández.

significado original de la norma, que ha de ser el significado aplicado, considerando que existe una íntima relación entre el constituyente y la norma, y que cualquier modificación a esta, derivada de su supremacía formal, solo puede ser realizada por el soberano *motu proprio*, no teniendo el juez constitucional las competencias para ello.

Es fundamental tomar en cuenta la referencia al significado original, en tanto la adopción de la norma constitucional puede identificarse con un momento específico en el tiempo, y ello implica, de acuerdo a los postulados teóricos, la existencia de un lenguaje compartido con contenido concreto, que fue el aprobado y adoptado voluntaria y soberanamente por los ciudadanos, cualquier modificación a este contenido constituye un fraude a la voluntad soberana, y por lo tanto, no es propio de la Constitución.

El originalismo, en este aspecto, no es incompatible de ninguna manera con la tradición constitucional latinoamericana, ni mucho menos una teoría inaplicable, por cuanto el avance progresivo de los derechos fundamentales puede derivarse de la interpretación fiel del propio texto constitucional, cuando este lo consagra directa o indirectamente. Es por ello que no puede asumirse que el originalismo se oponga al avance y desarrollo jurisprudencial de los derechos que se encuentran consagrados en el texto constitucional, sino que más bien encuentra la fuente de estos derechos en el propio texto, y le da al juez constitucional una guía clara con respecto a los límites dentro de los cuales puede reconocerlo.

Se sostiene, de esta forma, que existe una relación intrínseca entre las tesis originalistas y el derecho a la fiel interpretación constitucional, que constituye ineludiblemente, como se ha observado, un pilar dentro del Estado de Derecho, limitando el activismo judicial y promoviendo los principios constitucionales, tal como fueron adoptados por el soberano. La aplicación de las tesis y metodologías propias de esta teoría de interpretación constituyen, entonces, una garantía a los ciudadanos de respeto y reconocimiento de su derecho de ser normados por la Constitución que adoptaron.

En resumen, se hace evidente la necesidad de reconocer el derecho ciudadano a la fiel interpretación de la Constitución, dentro del derecho general que tienen a esta norma y sus implicaciones; y de cara a los jueces constitucionales, se hace un especial énfasis en su deber de

Anselmo Coelho Hernández.

ser guardianes y garantes de la Constitución, aquella que les da origen y que los regula, especialmente en aquellos casos en donde las normas deben ser interpretadas, que es el momento cuando se hace vigente el rol del juez en la defensa de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, y cuando el juez debe dejar de lado sus reflexiones morales personales, aplicando íntegramente la norma aprobada por el soberano, pasando, sin lugar a dudas, por extraer de ella una interpretación fiel y acorde a la voluntad constituyente.

Bibliografía

- Atienza, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Editorial Arazandi, 1997.
- Brewer-Carías, Allan. *Historia constitucional de Venezuela, Tomo I*. Caracas: Editorial Alfa, 2008.
- Brewer-Carías, Allan. “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia.”. En *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, coordinado por Sergio Cuarezma y Rafael Pichardo, pp. 73-94. Managua: Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), 2011.
- Brewer-Carías, Allan. *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2021.
- Casal, Jesús María. *Constitución y justicia constitucional*. Caracas: UCAB, 2004.
- Fajardo, Ángel. *Compendio de derecho constitucional general y particular*. Caracas: LEX, 1990.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1961.
- Hamilton, Alexander. “No. 78 The Judiciary Department”. En *The Federalist Papers*, editado por Clinton Rossiter, pp. 463-471. Nueva York: Signet Classics, 2003.
- Laise, Luciano. “La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”. *Historia Constitucional*, n° 18 (2017): 245-292.
- Madison, James. “No. 37 Concerning the difficulties of the Convention in devising a proper form of government”. En *The Federalist Papers*, editado por Clinton Rossiter, pp. 220-227. Nueva York: Signet Classics, 2003.

Anselmo Coelho Hernández.

Mellinghoff, Rudolf. “Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político-constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* n° 17 (2011): pp. 485-502.

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas “Fortalecimiento de los Principios Básicos de la Conducta Judicial”, E/CN.4/2003/65 (10 de enero de 2003), disponible en: https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf

Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Editorial Temis, 2014.

Pazo, Oscar. “Los framers en serio: el originalismo y su impacto en la interpretación constitucional”. *Revista Derecho del Estado*, n° 48 (2021): pp. 341-369.

Scalia, Antonin. “Common-law courts in a civil-law system”. En *A matter of interpretation*, por Antonin Scalia. Princeton: Princeton University, 2018.

Solum, Lawrence. “Interpretación constitucional: testeando el nuevo originalismo”. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n° 9 (2020): pp. 124-140.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Consejo Constitucional de Francia. Consultada el 25 de marzo de 2022. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagol/es_ddhc.pdf

Constitución de la República Italiana (1947). Constitute. Consultada el 25 de marzo de 2022. https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020.pdf?lang=es

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 5.253 (Extraordinaria), marzo 24 de 2000.

“Marbury v. Madison.” Oyez. Consultada el 25 de marzo de 2022. <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>.

“Dred Scott v. Sandford.” Oyez. Consultada el 28 de marzo de 2022. <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>

“District of Columbia v. Heller.” Oyez. Consultada el 3 de abril de 2022. <https://www.oyez.org/cases/2007/07-290>.

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

I. Integrantes del Consejo de Facultad

Desde enero y hasta septiembre de 2022 el Consejo de la Facultad estuvo conformado de la siguiente manera:

Jesús María Casal, Decano; **María Virginia Alarcón**, Directora de la Escuela de Derecho, sede Guayana; **María Lidia Álvarez Chamosa**, Directora (E) de la Escuela de Derecho, sede Caracas; **Ninoska Rodríguez**, Directora de Postgrado de Derecho; **Aura Janesky Lehmann**, Directora del Centro de Clínica Jurídica; **Eduardo Trujillo**, Director del Centro de Derechos Humanos; **César Carballo**, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas; **Benigno Alarcón**, Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno; **Marcos Carrillo** y **Alfredo Abou-Hassan**, representantes del Rector; **Isabel María Maurera Pérez**, **Gerardo Fernández** y **José Valentín González**, representantes de los profesores; **Franco Puppio**, representante de los egresados; **Roselis Díaz De Freitas** y **Samuel Elías Dávila**, representantes de los estudiantes.

En el mes de septiembre se produjeron algunos cambios quedando el Consejo de la Facultad conformado por:

Jesús María Casal, Decano; **María Virginia Alarcón**, Directora de la Escuela de Derecho sede Guayana; **María Lidia Álvarez Chamosa**, Directora (E) de la Escuela de Derecho sede Caracas; **Ninoska Rodríguez**, Directora de Postgrado de Derecho; **Aura Janesky Lehmann**, Directora del Centro de Clínica Jurídica; **Eduardo Trujillo**, Director del Centro de Derechos Humanos; **César Carballo**, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas; **Benigno Alarcón**, Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno; **Marcos Carrillo** y **Alfredo Abou-Hassan**, representantes del Rector; **Gerardo Fernández**, **Carlos Blanco** y **José Valentín González**, representantes de los profesores; **Rosnell Carrasco**, representante de los egresados; **Andrea Salima** y **Anselmo Coelho**, representantes de los estudiantes.

II. Reconocimiento a los miembros salientes del Consejo de Facultad y juramentación de los nuevos miembros.

En el **Acta no. 953 del 19-09-2022** consta que el Consejo de Facultad entregó a los miembros salientes **Isabel María Maurera Pérez, Franco Puppio, Roselis Díaz De Freitas** y **Samuel Elías Dávila**, un reconocimiento por los aportes y dedicación evidenciada a los largo de su gestión. Una vez recibidos, agradecieron el gesto, se pusieron a la orden y desearon los mayores éxitos a los nuevos Consejeros.

Asimismo se procedió a la **juramentación de los nuevos miembros del Consejo de Facultad**. El Decano Jesús María Casal Hernández tomó juramento de los representantes de los profesores ante el Consejo de Facultad, de los siguientes profesores: **José Carlos Blanco Rodríguez, Gerardo Fernández Villegas, José Valentín González Prieto**, para el período 2022 –2024; del representante de los egresados, abogado **Rosnell Vladimir Carrasco Baptista**, para el período 2022 –2024 y de la representación estudiantil, **bachilleres Andrea Salima y Anselmo Coelho**, para el año lectivo 2022 – 2023.

III. Reforma de programas, malla curricular y de reglamentos o normas universitarias propuestos por la Facultad.

3.1.- Reforma de programas:

3.1.1. Acta no. 941 del 24-01-2022:

a.- Propuesta de cambio de modalidad de presencial a virtual de Instituciones Jurídicas Romanas II, Metodología de la Investigación y Fundamentos y Sujetos del Derecho del Trabajo.

En concordancia con el Plan Operativo Anual de la Escuela, desarrollando el Eje Virtualizar se presentó a la Dirección General de Gestión Estratégico y al Centro de Estudios en Línea (CEL) las materias homologadas entre las Escuelas de Derecho de Guayana y Caracas para su virtualización en el período 2021-2022. En tal sentido se acordó aprobar y elevar a la consideración del Consejo Universitario el inicio de los trámites académicos y administrativos correspondientes para la virtualización de las siguientes materias: **Instituciones Jurídicas Romanas II** (cuarto semestre), **Metodología de la Investigación** (tercer semestre) y **Fundamentos y Sujetos del Derecho del Trabajo**

(séptimo semestre), cuyos profesores y Jefes de Cátedra asumieron el reto para la virtualización.

b.- Propuesta de reforma de los programas Inglés Jurídico I e Inglés Jurídico II.

Se presentó y aprobaron los programas Inglés Jurídico I e Inglés Jurídico II (virtualizado) revisados y modificados por las profesoras **Heyra Vegas y Reina Urdaneta** (Jefa de Cátedra de Inglés Jurídico) básicamente para hacerlos más coherentes y tener continuidad entre sí. Acorde a opinión del profesor AP, Clever García, se aprecia en las reformas, que ahora las unidades temáticas ofrecen continuidad y cohesión epistémica (conocimiento) mejoraron además la justificación, las estrategias de evaluación, las estrategias de enseñanza y aprendizaje y las referencias bibliográficas. Finalmente, en aras de dar cumplimiento a los procesos declarados por calidad, ambos programas cuentan con el visto bueno del Centro de Investigación, Innovación y Desarrollo Académico (CIIDEA) según comunicaciones de fecha 10-01-2022.

3.1.2.- Acta no. 950 del 04/07/2022:

a.- Propuesta de reforma del programa Inglés Jurídico II.

En el programa de Inglés Jurídico II (modalidad virtual) ya modificado, durante la presentación de la conceptualización del rediseño virtual, se observó que las tres primeras unidades de contenido no se ajustaban al nivel de formación del estudiante. Por ello, se solicitó a la profesora Heyra Vegas el ajuste respectivo, aprobado por CIIDEA y por el Consejo de Facultad que se señala a continuación:

Versión anterior

UNIDAD I. The Law of Contracts	<ol style="list-style-type: none">1. Contract formation.2. Selected contract modalities and templates.3. Contract remedies.
UNIDAD II. Corporate Law	<ol style="list-style-type: none">1. Corporate formation2. Corporate governance3. Company changes: merges and acquisitions.
UNIDAD III.	<ol style="list-style-type: none">1. Introduction to employment Law.

Employment Law	<ol style="list-style-type: none"> 2. Non-discrimination in the workplace. 3. General Principles of argumentation.
UNIDAD IV. Briefings	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction to briefing. 2. Legal briefing. 3. Oral arguments
UNIDAD V. Planning a career in the Legal Field	<ol style="list-style-type: none"> 1. Job opportunities in the legal field. 2. Job applications. Preparing your CV, Covering letters and Statement of purpose.

Nueva versión

<p>UNIDAD I</p> <p>Derecho de los contratos</p> <p>UNIT 1</p> <p>The law of contracts</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos de los contratos y obligaciones -Concepto -Elementos -Derechos en caso de incumplimiento de contratos 	<ol style="list-style-type: none"> 1. The law of contracts and obligations -Concept -Elements -Remedies for breach
<p>UNIDAD II</p> <p>Propiedades especiales</p> <p>UNIT II</p> <p>Special Properties</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Propiedad intelectual -Concepto -Tipos 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Intellectual Property -Concept -Types
<p>UNIDAD III</p> <p>Derechos especiales</p> <p>Unit III</p> <p>Special Rights</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Argumentación 2. Delitos especiales: <ul style="list-style-type: none"> -Delitos contra la vida y la integridad física -Delitos contra la libertad individual 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Argumentation 2. Special crimes: <ul style="list-style-type: none"> -Crimes against life and physical integrity. -Crimes against individual freedom

	- Delitos de género y contra personas vulnerables	- Crimes against gender and vulnerable people
<p>UNIDAD IV</p> <p>Resumiendo información jurídica</p> <p>UNIT IV</p> <p>Summarizing legal information</p>	<p>1. Información jurídica.</p> <p>2. Resumen de un caso</p>	<p>1. Legal briefing.</p> <p>2. Case brief</p>
<p>UNIDAD V</p> <p>Planificando tu carrera en el ámbito jurídico</p>	<p>1. Las oportunidades de trabajo en el ámbito jurídico.</p> <p>2. Solicitud de empleo. Escribe tu CV y cartas de presentación.</p> <p>3. Cursos de postgrado en Derecho en inglés: Título de Máster en Derecho (L.L.M.).</p> <p>4. Solicitud de ingreso a estudios de postgrados</p>	<p>1. Job opportunities in the legal field.</p> <p>2. Job applications. Write your CV and covering letters.</p> <p>3. Postgraduate Law courses in English: Master of Laws (L.L.M.) degree.</p> <p>4. Write your statement of purpose</p>

b.- Modificación de la denominación y programa de la asignatura “Comprensión lectora y redacción”, que en lo sucesivo se va a denominar “Competencia Textual en Español”

El Consejo de Facultad conoció de la modificación del Plan de Estudios de la carrera de Derecho, por el cambio de denominación y programa de la unidad curricular Comprensión Lectora y Redacción, que pasa a ser una materia institucional denominada Competencia Textual en Español, con un total de 5 unidades crédito, para un total de 4 horas semanales distribuidas en 1 hora teórica y 3 horas prácticas, con 5 horas de trabajo independiente. La Taxonomía es TA-6, y de evaluación continua, sin examen final y con

derecho a examen de reparación. El Consejo de la Facultad acordó remitir la petición al Consejo Universitario a los fines respectivos.

3.1.3.- Acta no. 951 de fecha 25/07/2022:

Aprobación de la reforma del programa de la materia Teoría Política y su conversión en materia interfacultad Escuela de Derecho-Escuela de Ciencias Sociales (Sociología).

El Consejo conoció y aprobó la solicitud formulada por la Directora María Lidia Álvarez sobre la propuesta de transversalización y conversión en materia interfacultad entre Derecho y Sociología de la materia **Teoría Política** impartida en modalidad virtual en el 3er. Semestre de la carrera de Derecho. Según acuerdo entre las Escuelas correspondientes quedaría alojada en Derecho. Por su parte Sociología asume el programa (contenidos y atributos) tal como están hoy en Derecho, así como que sea impartida por nuestros profesores. La Directora Clemencia Abad señaló que el programa sería insumo en Sociología para el Consejo de Escuela y de Facultad para proponer el ajuste curricular en la malla de Sociología, tal como lo hicieron en fecha 15 de julio de 2022, según comunicación que nos fuera enviada por la Escuela de Ciencias Sociales. Importante resaltar que el profesor de esta materia y Jefe de Cátedra Ángel Álvarez, consideró excelente la propuesta de esta materia interfacultad, igualmente aprobó incluir en el programa original la competencia profesional de Sociología y los aportes –básicamente de forma- señalados por el Centro de Investigación, Innovación y Desarrollo Académico (CIIDEA). La Directora de la Escuela de Guayana María Virginia Alarcón y la profesora Isabel Maurera quien ha impartido esta materia con el prof. Álvarez manifestaron su acuerdo. En consecuencia se aprueba la reforma del programa de dicha asignatura cuyo visto bueno ya fue otorgado por CIIDEA. Estas modificaciones igualmente serían incorporadas por el Centro de Estudios en Línea (CEL) al tratarse de una materia cuya modalidad es virtual.

En resumen las modificaciones fueron:

ASPECTO	AJUSTE
----------------	---------------

Justificación	Incorporación de la contribución de la asignatura al enfoque por competencias
Competencias	Se agregó la competencia profesional de la carrera de Sociología
Unidades temáticas	Se mantiene
Estrategias de enseñanza y de aprendizaje	Se mantiene
Estrategia de evaluación	Se le agregaron los tipos de evaluación (diagnóstica, formativa y sumativa)
Referencias bibliográficas	Se ajustaron al formato APA 7.

Visto lo anterior, el Consejo también acordó elevar este asunto al Consejo Universitario a fin de aprobar la asignatura Teoría Política como cátedra interfacultad, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento de Cátedras Comunes.

3.2.- Malla curricular y reglamentos o normas universitarias propuestos por la Facultad.

3.2.1.- Acta no. 944 del 21-03-2022:

Propuesta de ajuste del pensum y malla de la Carrera de Derecho en relación a la Materia electiva.

El Consejo conoció y aprobó la siguiente propuesta de reforma del plan de estudios y malla curricular de la Carrera, presentada por el profesor Jesús María Casal:

CÁTEDRA	REFORMA	MOTIVACIÓN
Electiva	Modificación de la ubicación de la asignatura en la malla curricular, del noveno semestre al octavo semestre.	<p>1.- Se solicita reubicar esta asignatura, para adelantar la oportunidad en que los estudiantes pueden cursar las pasantías.</p> <p>2.- Los estudiantes del octavo semestre ya deben haber consolidado en un 75% las competencias profesionales y generales, según el Plan de Estudios, por lo que están en capacidad de aprovechar la oferta de la Electiva.</p> <p>Incluso los estudiantes que van al quinto semestre, los cuales podrían cursar esta materia en virtud de la regla N + 3*, ya habrían logrado aproximadamente el 50% de las competencias.</p> <p>*Reglamento sobre el régimen de estudios semestrales de la carrera de derecho, artículo 4, literal C: “El alumno podrá avanzar en el curso de los semestres cursando simultáneamente materias de cuatro semestres consecutivos, respetando el número de unidades crédito que lo ubican en el semestre superior”.</p> <p>3.- Este cambio permitirá que los estudiantes inicien oportunamente su recorrido práctico en la formación jurídica.</p> <p>Ello facilitará que el estudiante discierna y precise las líneas de trabajo de su preferencia en las diversas especialidades del ámbito</p>

		de las ciencias jurídicas.
--	--	----------------------------

El cambio de ubicación (en la malla curricular) de la asignatura Electiva aplicará a los estudiantes de la carrera a partir del semestre abril – agosto 2022 (término 202225).

Acto seguido el Consejo de la Facultad conoció la propuesta de **reforma al Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho**, con ocasión del ajuste del Plan de Estudios de la Carrera y de la malla curricular, aprobándose las siguientes modificaciones:

Artículo vigente	Propuesta de Reforma
<p>Artículo 3. Un estudiante de la carrera de Derecho será considerado:</p> <p>a) Del primer semestre cuando tenga hasta 27 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>b) Del segundo semestre cuando tenga desde 28 UC hasta 53 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>c) Del tercer semestre cuando tenga desde 54 UC hasta 82 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>d) Del cuarto semestre cuando tenga desde 83 UC hasta 115 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>e) Del quinto semestre cuando tenga desde 116 UC hasta 149 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p> <p>f) Del sexto semestre cuando tenga desde 150 UC hasta 184 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>g) Del séptimo semestre cuando tenga desde 185 UC hasta 218 UC entre asignaturas</p>	<p>Artículo 3. Un estudiante de la carrera de Derecho será considerado:</p> <p>a) Del primer semestre cuando tenga hasta 27 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>b) Del segundo semestre cuando tenga desde 28 UC hasta 53 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>c) Del tercer semestre cuando tenga desde 54 UC hasta 82 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>d) Del cuarto semestre cuando tenga desde 83 UC hasta 115 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>e) Del quinto semestre cuando tenga desde 116 UC hasta 149 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p> <p>f) Del sexto semestre cuando tenga desde 150 UC hasta 184 UC entre</p>

<p>aprobadas e inscritas.</p> <p>h) Del octavo semestre cuando tenga desde 219 UC hasta 249 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>i) Del noveno semestre cuando tenga desde 250 UC hasta 282 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>j) Del décimo semestre cuando tenga desde 283 UC hasta 313 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p> <p>Incorporar este artículo y modificar la enumeración de los siguientes.</p> <p>Artículo 8. Los alumnos que se reincorporen a la carrera de Derecho luego de implementado el nuevo Plan de Estudios, tendrán aprobadas las materias del Plan de Estudios nuevo que tengan equivalencia interna con materias ya aprobadas de los pensa derogados, y deberán cursar las materias que le faltaren de acuerdo al Plan de Estudios que les resulte aplicable conforme al período académico y nivel de la carrera en que ocurra la reincorporación</p> <p>Artículo 9. Se establecen las siguientes equivalencias entre materias de los pensa derogados, y el nuevo Plan de Estudios</p> <p>Artículo 10. Las situaciones no previstas y las dudas que puedan surgir en la aplicación de las presentes normas serán resueltas por la Dirección de Escuela correspondiente, el Consejo de Escuela</p>	<p>asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>g) Del séptimo semestre cuando tenga desde 185 UC hasta 218 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>h) Del octavo semestre cuando tenga desde 219 UC hasta 252 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>i) Del noveno semestre cuando tenga desde 253 UC hasta 282 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>j) Del décimo semestre cuando tenga desde 283 UC hasta 313 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p> <p>Artículo 8. El ajuste al Plan de Estudios del 7 de octubre de 2014, aprobado por el Consejo Universitario en su sesión del 22 de marzo de 2022, mediante el cual se modificó la ubicación de la asignatura Electiva, que pasó del 9° al 8° semestre, entrará en vigencia a partir del período académico abril - agosto 2022 y aplicará a los estudiantes que se encuentren activos y a los que ingresen o se reincorporen a partir de ese semestre.</p> <p>Los alumnos del 9° o 10° semestre en el periodo académico abril - agosto 2022 que no hayan aprobado la asignatura Electiva, deberán cursarla en los términos previstos en el Plan de Estudios objeto de reforma.</p>
---	---

<p>de UCAB-Guayana, el Consejo de Facultad o el Consejo Universitario, según sea el caso.</p>	<p>Pasa a ser el Artículo 9.</p> <p>Pasa a ser el Artículo 10.</p> <p>Pasa a ser el Artículo 11.</p>
---	--

3.2.2.- Acta no. 950 del 04/07/2022:

Propuesta de modificación del Reglamento sobre el Régimen de Estudios Semestrales de la carrera de Derecho. Materia Competencia Textual en Español.

El Consejo conoció y aprobó la propuesta del Decano de elevar al Consejo Universitario la siguiente reforma reglamentaria:

- 1) Reforma del artículo 2 del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Facultad de Derecho, a fin de modificar el total de unidades crédito de la carrera de Derecho, en virtud de la creación de la materia institucional denominada **Competencia Textual en Español**, con un total de cinco unidades de crédito. Esta asignatura sustituirá a la materia Comprensión Lectora y Redacción. El encabezado de dicho artículo quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 2: El régimen de estudios de la carrera de Derecho es semestral, con un total de 315 unidades crédito (UC), distribuidas en diez (10) semestres.

Artículo vigente	Reforma que se propone
<p>Artículo 2. El régimen de estudios de la carrera de Derecho es semestral conformado respectivamente por 313 unidades crédito (UC), distribuidas en diez (10) semestres.</p> <p>No habrá prelación de asignaturas, excepto las materias Identidad, Liderazgo y Compromiso I respecto de Identidad, Liderazgo y Compromiso II, así declarada institucionalmente; y Clínica Jurídica I respecto de Clínica Jurídica II.</p>	<p>Artículo 2. El régimen de estudios de la carrera de Derecho es semestral, con un total de 315 unidades crédito (UC), distribuidas en diez (10) semestres.</p> <p>No habrá prelación de asignaturas, excepto las materias Identidad, Liderazgo y Compromiso I respecto de Identidad, Liderazgo y Compromiso II, así declarada institucionalmente; y Clínica Jurídica I respecto de Clínica Jurídica II.</p>

- 2) Reforma del artículo 3 del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Facultad de Derecho, a fin de modificar el número de unidades crédito necesario para determinar el semestre en que se encuentra el estudiante, teniendo en cuenta el incremento de dos unidades crédito a partir del primer semestre; y agregando un último aparte con la siguiente redacción: “Esta modificación entrará en vigencia a partir del período académico septiembre 2022 - enero 2023 y aplicará a los estudiantes que se encuentren activos o se reincorporen y no hayan cursado y aprobado la materia Comprensión Lectora y Redacción, y a los que ingresen a partir de ese semestre.”

Artículo vigente	Reforma que se propone
Artículo 3. Un estudiante de la carrera de Derecho será	Artículo 3. Un estudiante de la carrera de

<p>considerado:</p> <p>a) Del primer semestre cuando tenga hasta 27 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>b) Del segundo semestre cuando tenga desde 28 UC hasta 53 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>c) Del tercer semestre cuando tenga desde 54 UC hasta 82 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>d) Del cuarto semestre cuando tenga desde 83 UC hasta 115 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>e) Del quinto semestre cuando tenga desde 116 UC hasta 149 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p> <p>f) Del sexto semestre cuando tenga desde 150 UC hasta 184 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>g) Del séptimo semestre cuando tenga desde 185 UC hasta 218 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>h) Del octavo semestre cuando tenga desde 219 UC hasta 252 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>i) Del noveno semestre cuando tenga desde 253 UC hasta 282 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p>	<p>Derecho será considerado:</p> <p>a) Del primer semestre cuando tenga hasta 29 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>b) Del segundo semestre cuando tenga desde 30 UC hasta 55 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>c) Del tercer semestre cuando tenga desde 56 UC hasta 84 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>d) Del cuarto semestre cuando tenga desde 85 UC hasta 117 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>e) Del quinto semestre cuando tenga desde 118 UC hasta 151 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p> <p>f) Del sexto semestre cuando tenga desde 152 UC hasta 186 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>g) Del séptimo semestre cuando tenga desde 187 UC hasta 220 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>h) Del octavo semestre cuando tenga desde 221 UC hasta 254 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>i) Del noveno semestre cuando tenga desde 255 UC hasta 284 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas.</p> <p>j) Del décimo semestre cuando tenga desde 285 UC hasta 315 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p>
--	--

<p>j) Del décimo semestre cuando tenga desde 283 UC hasta 313 UC entre asignaturas aprobadas e inscritas</p>	<p>Esta modificación entrará en vigencia a partir del período académico septiembre 2022 - enero 2023 y aplicará a los estudiantes que se encuentren activos o se reincorporen y no hayan cursado y aprobado la materia Comprensión Lectora y Redacción, y a los que ingresen a partir de ese semestre.</p>
--	--

- 3) Reforma del artículo 10 del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Facultad de Derecho, a fin de modificar las equivalencias para incluir la materia Competencia Textual en Español.

3.2.3.- Cambio de modalidad de materias:

ACTA N° 941 del 24/01/2022:

En concordancia con el Plan Operativo Anual de la Escuela, desarrollando el Eje Virtualizar se presentó a la Dirección General de Gestión Estratégico y al Centro de Estudios en Línea (CEL) las materias homologadas entre las Escuelas de Derecho de Guayana y Caracas para su virtualización en el período 2021-2022. En tal sentido se acordó aprobar y elevar a la consideración del Consejo Universitario el inicio de los trámites académicos y administrativos correspondientes para la virtualización de las siguientes materias: **Instituciones Jurídicas Romanas II** (cuarto semestre), **Metodología de la Investigación** (tercer semestre) y **Fundamentos y Sujetos del Derecho del Trabajo** (séptimo semestre), **cuyos profesores y Jefes de Cátedra asumieron el reto para la virtualización.**

3.2.4.-Reforma de los programas.

ACTA N.º 941 del 24/01/2022: Se presentaron a consideración del Consejo los programas Inglés Jurídico I e Inglés Jurídico II (virtualizado) revisados y básicamente para

hacerlos más coherentes y tener continuidad entre sí. Se aprecia en las reformas, que ahora las unidades temáticas ofrecen continuidad y cohesión epistémica (conocimiento) mejoraron además la justificación, las estrategias de evaluación, las estrategias de enseñanza y aprendizaje y las referencias bibliográficas. Finalmente, en aras de dar cumplimiento a los procesos declarados por calidad, ambos programas cuentan con el visto bueno del Centro de Investigación, Innovación y Desarrollo Académico (CIIDEA) según comunicaciones de fecha 10-01-2022.

ACTA N° 950 del 04/07/2022: Se presentó a la consideración del Consejo el programa de Inglés Jurídico II (modalidad virtual) el cual ha sido modificado ya que durante la presentación de la conceptualización del rediseño virtual, se observó que las tres primeras unidades de contenido no se ajustaban al nivel de formación del estudiante. Por ello, se hizo el ajuste respectivo, aprobado por CIIDEA y que se señala a continuación:

Versión anterior

UNIDAD I. The Law of Contracts	<ol style="list-style-type: none"> 1. Contract formation. 2. Selected contract modalities and templates. 3. Contract remedies.
UNIDAD II. Corporate Law	<ol style="list-style-type: none"> 1. Corporate formation 2. Corporate governance 3. Company changes: merges and acquisitions.
UNIDAD III. Employment Law	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction to employment Law. 2. Non-discrimination in the workplace. 3. General Principles of argumentation.
UNIDAD IV. Briefings	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction to briefing. 2. Legal briefing. 3. Oral arguments

UNIDAD V. Planning a career in the Legal Field	<ol style="list-style-type: none"> 1. Job opportunities in the legal field. 2. Job applications. Preparing your CV, Covering letters and Statement of purpose.
---	--

Nueva versión

UNIDAD I Derecho de los contratos UNIT 1 The law of contracts	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derechos de los contratos y obligaciones -Concepto -Elementos -Derechos en caso de incumplimiento de contratos 	<ol style="list-style-type: none"> 1. The law of contracts and obligations -Concept -Elements -Remedies for breach
UNIDAD II Propiedades especiales UNIT II Special Properties	<ol style="list-style-type: none"> 1. Propiedad intelectual -Concepto -Tipos 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Intellectual Property -Concept -Types
UNIDAD III Derechos especiales Unit III Special Rights	<ol style="list-style-type: none"> 1. Argumentación 2. Delitos especiales: -Delitos contra la vida y la integridad física -Delitos contra la libertad individual - Delitos de género y contra personas vulnerables 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Argumentation 2. Special crimes: -Crimes against life and physical integrity. -Crimes against individual freedom - Crimes against gender and vulnerable people
UNIDAD IV Resumiendo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Información jurídica. 2. Resumen de un 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Legal briefing. 2. Case brief

<p>información jurídica</p> <p>UNIT IV</p> <p>Summarizing legal information</p>	<p>caso</p>	
<p>UNIDAD V</p> <p>Planificando tu carrera en el ámbito jurídico</p>	<p>1. Las oportunidades de trabajo en el ámbito jurídico.</p> <p>2. Solicitud de empleo. Escribe tu CV y cartas de presentación.</p> <p>3. Cursos de postgrado en Derecho en inglés: Título de Máster en Derecho (L.L.M.).</p> <p>4. Solicitud de ingreso a estudios de postgrados</p>	<p>1. Job opportunities in the legal field.</p> <p>2. Job applications. Write your CV and covering letters.</p> <p>3. Postgraduate Law courses in English: Master of Laws (L.L.M.) degree.</p> <p>4. Write your statement of purpose</p>

ACTA N° 950 del 04/07/2022: Modificación de la denominación y programa de la asignatura comprensión lectora y redacción, que en lo sucesivo se va a denominar “Competencia Textual en Español”

El Consejo de Facultad conoció de la modificación del Plan de Estudios de la carrera de Derecho, por el cambio de denominación y programa de la unidad curricular Comprensión Lectora y Redacción, que pasa a ser una materia institucional denominada Competencia Textual en Español, con un total de 5 unidades crédito, para un total de 4 horas semanales distribuidas en 1 hora teórica y 3 horas prácticas, con 5 horas de trabajo independiente. La Taxonomía es TA-6, y de evaluación continua, sin examen final y con derecho a examen de reparación. El Consejero José Valentín González manifiesta estar en contra. Señala que considera contradictorio que estemos en proceso de reforma curricular para reducir el número de materias y semestres y a la vez se deba incluir una materia con una cantidad importante de unidades de crédito que no es propiamente jurídica. El Decano indica que una parte de dicha materia se referirá al área jurídica. Vista dicha solicitud el

Consejo de la Facultad acuerda remitir la petición al Consejo Universitario a los fines respectivos.

ACTA N° 951 del 25/07/2022: Aprobación de la reforma del programa de la materia Teoría Política y su conversión en materia interfacultad Escuela de Derecho-Escuela de Ciencias Sociales (Sociología).

El Consejo conoció y aprobó la propuesta de transversalización y conversión en materia interfacultad entre Derecho y Sociología de la materia **Teoría Política** impartida en modalidad virtual en el 3er. Semestre de la carrera de Derecho, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento de Cátedras Comunes. Según acuerdo entre las Escuelas correspondientes quedaría alojada en Derecho. Por su parte Sociología asume el programa (contenidos y atributos) tal como están hoy en Derecho, así como que sea impartida por nuestros profesores. La Directora Clemencia Abad señaló que el programa sería insumo en Sociología para el Consejo de Escuela y de Facultad para proponer el ajuste curricular en la malla de Sociología, tal como lo hicieron en fecha 15 de julio de 2022, según comunicación que nos fuera enviada por la Escuela de Ciencias Sociales. Importante resaltar que el profesor de esta materia y Jefe de Cátedra consideró excelente la propuesta de esta materia interfacultad, igualmente aprobó incluir en el programa original la competencia profesional de Sociología y los aportes –básicamente de forma– señalados por el Centro de Investigación, Innovación y Desarrollo Académico (CIIDEA). La Directora María Virginia Alarcón y la profesora Isabel Maurera quien ha impartido esta materia con el prof. Álvarez manifestaron su acuerdo. En consecuencia se propone la reforma del programa de dicha asignatura cuyo visto bueno ya fue otorgado por CIIDEA y que forma parte de los anexos de la presente Acta. Estas modificaciones igualmente serían incorporadas por el Centro de Estudios en Línea (CEL) al tratarse de una materia cuya modalidad es virtual.

En resumen las modificaciones fueron:

ASPECTO	AJUSTE
----------------	---------------

Justificación	Incorporación de la contribución de la asignatura al enfoque por competencias
Competencias	Se agregó la competencia profesional de la carrera de Sociología
Unidades temáticas	Se mantiene
Estrategias de enseñanza y de aprendizaje	Se mantiene
Estrategia de evaluación	Se le agregaron los tipos de evaluación (diagnóstica, formativa y sumativa)
Referencias bibliográficas	Se ajustaron al formato APA 7.

IV. Nuestros profesores.

4.1.- Ascensos:

En el Acta no. 943 del 07-03-2022 se notificó de la remisión a Secretaría General del veredicto emitido por el jurado designado aprobando el trabajo "*Derecho Público Bancario. La intervención del Estado en la disciplina, dirección y control del sector bancario*" del profesor **Héctor Turuhpial** y ascendiendo a la categoría de **profesor Agregado**.

4.2.- Nombramientos:

- a) **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 946 del 25/04/2022** conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para su nombramiento en la Escuela de

Derecho-Caracas en un primer contrato del profesor **Mario Brando** para la asignatura Resolución Alternativa de Conflictos, del séptimo semestre.

- b) **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 946 del 25/04/2022** conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para su nombramiento en la Escuela de Derecho-Caracas en un primer contrato a la profesora **Milagros Gómez** para la asignatura Derecho Internacional Privado, del noveno semestre.
- c) **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 952 del 08/08/2022** conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para su nombramiento en la Escuela de Derecho-Caracas en un primer contrato del profesor **Manuel Rodríguez Costa** para la asignatura Contratos Mercantiles y Títulos Valores, del noveno semestre.
- d) **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 952 del 08/08/2022** conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para su nombramiento en la Escuela de Derecho-Caracas en un primer contrato a la profesora **Milagros Gómez** para la asignatura Derecho Procesal Civil Internacional, del décimo semestre.
- e) **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 952 del 08/08/2022** conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para su nombramiento en la Escuela de Derecho-Caracas en un primer contrato a la profesora **Lelly Milani** para la asignatura Derecho de Sociedades, del octavo semestre.

Otros nombramientos y designaciones:

- a) **El Consejo de la Facultad, en sesión N° 941 del 24/01/2022** conoció y aprobó de **designación** del profesor Miguel Mónaco como Jefe de Departamento de Derecho Público. En vista de futuras actividades a ser ejecutadas por esta Facultad contempladas en nuestro POA como el caso del estudio y diagnóstico de reforma curricular, es conveniente contar con un apoyo adicional en dicha Jefatura. Para ello el Decano propuso al profesor Mónaco con amplia trayectoria y reconocimiento académico, así como compromiso y disponibilidad para colaborar con las actividades de esta Facultad de la cual fue Decano.
- b) El Consejo conoció y aprobó **en sesión N° 944 del 21/03/2022** la propuesta presentada por el **profesor César Carballo, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas** en cuanto a la designación de los miembros del **Consejo**

Técnico, de conformidad con lo establecido en el Reglamento del Instituto de Investigaciones Jurídicas artículo 4, literal b, para el período 2022 – 2024, quedando conformado de la siguiente manera: Miembros principales: Andrés Méndez Carvallo, Carla Serrano, Luis Gerardo Gabaldón y Jaiber Núñez y Miembros suplentes: María Gabriela Cuevas, Carlos Trapani, Miguel Mónaco, y Juan Berríos (en sustitución de Ruth Capriles).

- c) **El Consejo conoció y aprobó en su sesión No. 947 del 09-05-2022** a los siguientes Jefes de Departamento: Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal, prof. Pedro Planchart; Departamento de Derecho Público, prof. Miguel Mónaco; Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, profa. Magaly Vásquez; Departamento de Derecho Social, prof. César Carballo; Departamento de Teoría, Filosofía, Historia y Metodología del Derecho, prof. Marcos Carrillo y Departamento de Disciplinas de Formación Integral, prof. Aura Yanesky Lehmann.
- d) **El Consejo conoció y aprobó en su sesión No. 948 del 23-05-2022**, la propuesta del Decano de nombrar al profesor **César Augusto Carballo** como *representante por la Facultad de Derecho* para el Consejo Técnico del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno.
- e) El Consejo conoció y aprobó **en su sesión No. 949 del 13-06-2022**, la propuesta del Decano Jesús María Casal en la que visto el vencimiento del periodo para el ejercicio del cargo de la profesora **María Virginia Alarcón** como directora de la Escuela de Derecho de la sede de Guayana, considera que por el excelente desempeño de la profesora Alarcón y en concordancia con el profesor Arturo Peraza Vicerrector de Extensión, propone su postulación al Rector para un nuevo periodo

4.3.- Jubilaciones:

Jubilaciones de profesores de la Escuela de Derecho sede Caracas:

Acta no. 945 del 04/04/2022: El Consejo conoció la comunicación presentada por el profesor **Carlos Arocha**, quien solicitó su jubilación, en la cátedra **Derecho**

Constitucional I: Teoría de la Constitución y Estado de Derecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 y 4 del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Católica Andrés Bello.

4.4.- Renuncia:

En sesión No. 942 del 14-02-2022 se conoció la comunicación del profesor **Alejandro Daniel Gómez Gomes**, en la que expresa su voluntad de renunciar a su cargo como profesor de la cátedra de Derecho Tributario. *“Esta decisión obedece a distintas razones personales y profesionales que me impiden continuar desempeñándome con la calidad y el tiempo que se requiere para ejercer esta encomiable labor, sobre todo en los tiempos tan exigentes que hemos vivido durante los últimos semestres. Agradezco infinitamente la confianza depositada en mi persona para formar parte del equipo de profesores de tan distinguida Escuela, y especialmente al profesor Clever García, quien me acompañó durante todo este semestre.”*

4.5.-Fallecimientos:

En el año 2022 se tuvo la lamentable noticia del fallecimiento de profesores y del Rector de la Universidad, 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 a sus trayectorias académicas:

Consejo de la Facultad, acta N° 944 del 21/03/2022:

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Isaías Medina Felizola**, fallecido el pasado domingo 13 de marzo de 2022 en la ciudad de Caracas. El profesor Isaías Medina obtuvo en esta Universidad el título de Abogado con mención honorífica Summa Cum Laude en la primera promoción del campus de Montalbán, en 1971. Fue un insigne jurista y profesional del Derecho. Se desempeñó como profesor de la Universidad Católica Andrés Bello por más de cuarenta años, en las asignaturas Deontología Jurídica, Sociología Jurídica y Ética, y ejerció además la Jefatura de Cátedra en estas materias por varios períodos.

Consejo de la Facultad, acta N° 946 del 25/04/2022:

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor José Guillermo Andueza**. El Doctor José Guillermo Andueza fue un insigne jurista, de probada honorabilidad y de singular decoro civil y personal; José Guillermo Andueza ha contribuido a la formación de varias generaciones de abogados en distintas Universidades venezolanas. En la UCAB se desempeñó en pregrado como profesor de la cátedra Principios de Derecho Público y de Derecho Constitucional desde 1960 hasta 1983, reincorporándose en el año 1986 hasta 1993; dictando además en los postgrados de Derecho Público de esta Facultad las materias de Organización y Funcionamiento de la Jurisdicción Administrativa, Teoría General de la Actividad Administrativa, Intervención Económica del Estado Venezolano, Derechos del Administrado, entre otras, en las que se mantuvo activo hasta el año 2007; durante sus largos años de dedicación a la docencia universitaria, realizó aportes fundamentales en el campo del Derecho Constitucional, distinguiéndose por su capacidad para combinar el análisis dogmático-normativo con el estudio de la historia constitucional patria; siendo además Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Consejo de la Facultad, acta N° 947 del 09/05/2022:

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Enrique Iribarren Monteverde**, quien falleció el pasado lunes 02 de mayo de 2022. El profesor Iribarren era abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello como el número uno de su promoción en 1982. Estudios de Postgrado en Derecho Administrativo en Francia en la Universidad de París II (Pantheon-Assas) donde obtuvo con mención honorífica el Diploma Superior de la Universidad y el Diploma de Estudios Profundos Especialización en Ciencias Administrativas. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Fue Miembro de la Comisión Nacional de Legislación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia. Asesor de la Superintendencia de Protección a la libre competencia. Vicepresidente Ejecutivo, Consultor Jurídico del Banco de Venezuela. Asesor Jurídico de la Presidencia del Banco Consolidado. Asesor de la Procuraduría General de la República. Asesor del Magistrado Luís Henrique Farías Mata,

en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Jefe del Departamento de Investigaciones y Representación de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso de la República por contrato. Consultor Jurídico del Senado de la República, por contrato. Director de Asesoría del Estado de la Procuraduría General de la República. En la actualidad era Secretario General de la Junta Directiva de la Alianza Francesa; Presidente de la Asociación Franco Venezolana de Juristas (JURISFRAVEN); Miembro del Consejo Académico de la Revista de Derecho Público; Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo; Miembro del Consejo Científico de la Revista de Derecho Administrativo; Profesor por concurso de credenciales, que alcanzó el escalafón de Agregado en la Cátedra “Derecho Administrativo II” en la Universidad Católica Andrés Bello y miembro de la firma “Socorro & Iribarren”.

En esta oportunidad también los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria de la **profesora Anna María Guarío Bávaro**, quien falleció el lunes 09 de mayo de 2022. La profesora Guarío egresó como abogado de esta Universidad en 1989, desempeñándose de manera ininterrumpida en la UCAB desde 1993, en el postgrado y en el pregrado de Derecho; con profunda identidad institucional, acompañó al Padre Fernando Pérez Llantada S.J. durante toda la etapa de gestación y consolidación de los postgrados en el área de Derecho, tanto en el *campus* de Montalbán como en el interior de la República, a través de las alianzas con los Colegios de Abogados, así como también con la Universidad Católica del Táchira, y de manera sostenida hasta la actualidad, con la Extensión de UCAB-Guayana. La profesora Guarío inició sus tareas docentes como Asistente de Cátedra en la materia de Introducción al Derecho y llegó a ser Profesora y luego Jefe de Cátedra en la misma materia, siendo digna de mención la excelente formación que ofreció a sus estudiantes, así como su dedicación, su mística y su profesionalismo.

Consejo de la Facultad, acta N° 951 del 25/07/2022:

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria de la **profesora Carmen Graciela Guardia de Bracho** quien fue profesora a dedicación de la Escuela de Derecho hasta su jubilación, recibiendo reconocimientos y botones por los años de dedicación académica para la Universidad.

En agosto tuvimos noticias del lamentable fallecimiento del doctor Jorge Sosa Chacín, quien fue profesor de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de esta Universidad en el período 1971-1975. Dedicó su vida al estudio del Derecho Penal y la Criminología, dejando un legado en sus publicaciones sobre estos temas.

Consejo de la Facultad, acta N° 955 del 31/10/2022:

En vista del lamentable fallecimiento el pasado 20 de octubre del Rector de la UCAB, **REVERENDO PADRE FRANCISCO JOSÉ VIRTUOSO ARRIETA, S.J.**, los integrantes del Consejo de Facultad lamentaron su pérdida, elogiaron sus años al servicio de la Universidad y le rindieron honores con un minuto de silencio.

V. EVENTOS (reseñados por año académico septiembre 2021-agosto 2022)

A continuación se reseñan los eventos realizados dentro del período académico septiembre 2021- agosto 2022, algunos de ellos realizados en conjunto con otras instancias de la Universidad y organizaciones externas y otros de carácter internacional:

Fecha			Lugar	Nombre	Resp. Directo UCAB
Año	Mes	Día(s)			
2021	Sept	28-30	https://www.youtube.com/watch?v=6ER7AS_i48w	I Encuentro Latinoamericano de Derecho Marítimo y Crimen Organizado Transnacional	Facultad – (Org. Ext)
	Oct	1	https://youtu.be/ffoVYJY0uOI	X Jornada Aníbal Dominici. Derecho. Cine. Literatura	Facultad
		13 y 14	https://www.youtube.com/watch?v=bsHQLWcLDK4&t=16s https://www.youtube.com/	II Ciclo de Conferencias Virtuales de Derecho Marítimo.	Facultad (org. Ext)

			watch?v=1zuW5CW28Lg		
		20, 21 y 22	https://www.youtube.com/watch?v=Zx80A8HqThs https://www.youtube.com/watch?v=XPj9h1mG7Uc https://www.youtube.com/watch?v=UxIt9M2fdDo	II Foro Hispanoamericano virtual sobre Derecho Marítimo Internacional Privado	Facultad (org. Ext)
	Nov	9	<p>- Presencial en el Aula Magna - UCAB (sede Montalbán)</p> <p>- Virtual, vía registro zoom https://youtu.be/zmexYK9jgDc</p>	<p>Lección Inaugural para el período académico 2021 - 2022:</p> <p>Libertad sindical: Una mirada al informe de la Comisión de Encuesta de la OIT, a cargo del Dr. César Carballo Mena. Con la participación del Dr. Jesús María Casal, y los estudiantes: María Guerreiro y Anselmo Coelho.</p>	Facultad
		25	https://ucab.zoom.us/j/99998188194?pwd=UTILSXB5ZGh1bUVsdTZrd1FLR0xs	Tendencias de la Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina	Facultad – (GY)
		30	Auditorio CIE - Edif. Cincuentenario, piso 6. - UCAB, sede Montalbán.	Libertad sindical: derechos humanos y normativa OIT	Facultad (org. Ext)
	Dic	2	https://ucab.zoom.us/j/99998188194?pwd=UTILSXB5ZGh1bUVsdTZrd1FLR0xs	Crear y registrar una pieza original en Venezuela, de	Facultad - Esc. Comu Social

			UT09	acuerdo con la Ley de Derecho de Autor. (en el marco de la Feria del Libro)	
		15, 16, 17	https://www.youtube.com/watch?v=p2ln7heuvB4 https://www.youtube.com/watch?v=H_k8hUVcWk8 https://www.youtube.com/watch?v=Ztf17P1VU-o	IV Jornadas de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil	Facultad (org. Ext)
2022	Feb	4	https://youtu.be/chlY1H3xMPM	Lanzamiento de la "Red de Egresados de la Facultad de @DerechoUCAB"	Facultad - DIRCOM
		9	https://youtu.be/Z_5Dqzwn1Qo	Opciones Internacionales para Estudiantes y Egresados	Facultad (org. Ext)
		10	https://forms.gle/ea1HcXLjRmtqbRQ19	Presentación del Programa Técnica Legislativa	Facultad (org. Ext)
	Mar	15	https://youtu.be/mAhzY86RrMc	Claves para el éxito como estudiante de Derecho	Escuela
		24	https://youtu.be/GkFvB9Wyl4	Metaverso, Derecho y Tecnología	Escuela
		31	https://youtu.be/Q_etpjrS5Gk	Programa de pasantías – 202225 (oculto)	Escuela
	Abril	6	https://youtu.be/ARJgaLUJztM	Orientaciones para el nuevo semestre	Escuela

		22		Taller de formación sobre la interfaz de Módulo 7 / Semestre Abril - agosto 2022 / TERM 202225	Escuela
		29	https://youtu.be/FFQWcMKm5_M	Taller sobre elaboración de pruebas escritas / formación / CIIDEA - Escuela de Derecho	Escuela
Mayo		10	https://youtu.be/AS2gbs2vZxg	XI Jornada Aníbal Dominici "Importancia del Derecho Civil Hoy ", en memoria de la Prof. Dra. María Candelaria Domínguez Guillén.	Facultad (patroc. Acad)
		13	https://youtu.be/z0_C8KiRfPk	Conversatorio sobre Diálogo social	Facultad
Jun		6	https://youtu.be/2LEYeLvo56w	Inauguración Semana de Derecho UCAB	Escuela
		8	https://youtu.be/aVkt0tEqqso	Clase magistral: Principio de Confianza Legítima	Escuela
		9	https://youtu.be/6UsP8FlbHaY	DERECHO CONSTRUYE: Justicia y Democracia en el siglo XXI.	Escuela
		22	https://youtu.be/twdj3nM0o	Clase Abierta sobre el Sistema	Escuela -

			<u>vo</u>	Universal de Protección de Derechos Humanos	CDH
		23	Instalaciones del CADH	Taller de formación "Estudiante Asesor"	Escuela - CADH
Jul		8	https://youtu.be/eXKM3Xvb5q8	Acto homenaje a la familia Planchart Pocaterra: "EL POETA ANTONIO MACHADO, UN HOGAR Y UNA BIBLIOTECA"	Facultad
		13	https://youtu.be/s3rAnMOyD1A	La carrera de Derecho en la UCAB: una visión global y un mundo de oportunidades	Facultad
		15	https://youtu.be/I8kwC55pLxA	Jornadas en Homenaje al Dr. José Guillermo Andueza Acuña	Facultad (patroc. Acad)
		26	Auditorio CIE (Piso 6) Edif. Cincuentenario. https://youtu.be/EvIreTnV8Gc	Claves para el éxito como estudiante de Derecho	Facultad
		26	https://youtu.be/3xuMxEPRUtg	Presentación del libro "Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio"	Facultad
Ago		1	https://youtu.be/nChbLUEgFBg	Hablemos sobre MINORS en	Facultad

				Derecho	
		9	https://youtu.be/J996J52dk4 <u>U</u>	Reunión de Pasantías. Presentación de ofertas	Escuela

VI. INTERNACIONALIZACIÓN (período académico septiembre 2021-agosto 2022)

Durante el periodo académico Sept 2021 – ago 2022, se realizaron 11 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 proyección internacional.

Nº	Actividad	Fecha	Responsable	Inversión por parte de la Escuela de Derecho	Ejecución
1	I Encuentro Latinoamericano de Derecho Marítimo y Crimen Organizado Transnacional	28-30 sept	Argelia Perozo	0	100%
2	X Jornada Anfbal Dominici. Derecho. Cine. Literatura	1 oct	Argelia Perozo	0	100%
3	II Ciclo de Conferencias Virtuales de Derecho Marítimo.	13 y 14 oct	Argelia Perozo	0	100%
4	II Foro Hispanoamericano virtual sobre Derecho Marítimo Internacional Privado	20, 21 y 22 oct	Argelia Perozo	0	100%
5	Tendencias de la Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina	25 nov	Jesús María Casal	0	100%

6	Libertad sindical: derechos humanos y normativa OIT	30 nov	Jesús María Casal – Argelia Perozo	0	100%
7	Opciones Internacionales para Estudiantes y Egresados	9 feb	Jesús María Casal – Argelia Perozo	0	100%
8	XI Jornada Aníbal Dominici "Importancia del Derecho Civil Hoy", en memoria de la Prof. Dra. María Candelaria Domínguez Guillén.	10 may	Argelia Perozo	0	100%
9	Conversatorio sobre Diálogo social	13 may	César Carballo – Argelia Perozo	0	100%
10	Clase Abierta sobre el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos	22 jun	Adalberto Urbina – Argelia Perozo	0	100%
11	La carrera de Derecho en la UCAB: una visión global y un mundo de oportunidades	12 jul	Jesús María Casal – Argelia Perozo	0	100%

VII.- Competencias:

Participación de Estudiantes de Derecho en Competencias Nacionales e internacionales

Facultad	Derecho	Escuela	Derecho, sede Caracas
Período	2021 - 2022	Profesor responsable	Argelia Perozo
Área /Coordinación	Comunicaciones, Mercadeo y Act. Extra Académicas.		

SOCIEDAD DE DEBATES – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Jefe de Equipo	Samuel Elías	Dávila Figueredo

2	Asesora General	Camila de los Ángeles	Carballo Silva
3	Debatiente	Daniela Valentina	Reyes Flores
4	Debatiente	Beatriz	Tirado
5	Debatiente	Luis Fernando	Narvárez Quezada
6	Debatiente	Airaris Elaiza	Arroyo Méndez
7	Debatiente	Luis Ángel	Ceballos León
8	Debatiente	Ellis	Alberti
9	Debatiente	Estefanía	Salgado

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
<p>Sociedad de Debate:</p> <p>Copa Andrés Bello</p> <p>III Edición</p> <p>Virtual</p> <p>(Internacional)</p>	<p>jun-22</p> <p>17 al 19 de Junio</p>	<p>Premio: No obtuvieron.</p>
<p>CMUDE</p> <p>Campeonato Mundial Universitario de Debate en Español</p> <p>Presencial</p>	<p>jul-22</p> <p>Lugar: Madrid</p> <p>11 al 17 Julio</p>	<p>Premios:</p> <p>Break Open (pase a octavos de final), Camila Carballo y David Varillas.</p> <p>Break de Jueces categoría Másters, Sinaí Suárez.</p> <p>Semi finalista de discursos, Ellis Alberti</p> <p>Break jueces en discursos, Valeria</p>

		Favuzzi.
--	--	----------

UCAB HNMUN (Harvard National Model United Nations) – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Faculty Advisor (Asesor Académico) EGRESADO	Sebastián	Álamo
2	Faculty Advisor (Asesor Académico) EGRESADO	Ricardo	Larrazabal
3	Delegado	Alejandra	Aguilera
4	Delegado	Ana Isabel	Hernández
5	Delegado	Andrea	Salima
6	Delegado	Angélica	Echeverría
7	Delegado	Elizabeth	Nucete
8	Delegado	Federico	Palma
9	Delegado	Karlos	Gilly
10	Delegado	Sebastián	Orta

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
<p>HNMUN</p> <p>Competencia:</p> <p>Harvard National Model United Nations 2022</p>	<p>feb-22</p> <p>Lugar: Boston</p> <p>Fecha de la competencia: 10 al 13 de febrero</p>	<p>Premio Grupal:</p> <p>Mejor Delegación Internacional.</p> <p>Premio Individual:</p>

Presencial		<p>Mejor Delegación: Andrea Salima y Elizabeth Nucete- SOCHUM</p> <p>Mejor Delegada: Manuel Henriques – UNICEF</p> <p>Mejor Delegado: Angélica Echeverría-AU</p> <p>Delegado Sobresaliente: Pablo De Sousa - ESCAP</p> <p>Delegado Sobresaliente: Sebastián Orta- NATO</p> <p>Mención Honorífica: Valeria Miliani - CSW</p> <p>Mención Honorífica: Natasha Delgado - WCW</p> <p>Mención Honorífica: Daniela Maciel & Ana Isabel Hernández- DISEC</p> <p>Mención Diplomática: María Valentina Rodríguez - UNICEF</p> <p>Mención Diplomática: Federico Palma- Primer Gabinete de Argentina de Raúl Alfonsín</p>
-------------------	--	---

LAMUN – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Jefe de Delegación	Pedro	Cordero
2	Delegado	Isabella	Duarte
3	Delegado	Sthefanie	Fuchs
4	Delegado	Dervis	Cisneros
5	Delegado	Erikendy	Osuna

6	Delegado	Arantxa	Jurado
---	----------	---------	--------

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
<p>LAMUN</p> <p>Competencia: Modelo de Naciones Unidas de la Universidad Carlos III, Madrid-UC3MUN</p> <p>Presencial</p>	<p>mar-22</p> <p>Lugar: Madrid, España</p> <p>Fecha: 11 al 14 de marzo</p>	<p>Premio Grupal:</p> <p>Mejor Delegación Global</p> <p>Premios Individuales:</p> <p>Mejor delegado para Yako Valenzuela, en el Security Council.</p> <p>Mejor delegada para María Fernanda Briceño en African Union.</p> <p>Mejor delegación para Rebeca Escalona y Alejandro Torre en el Banco Internacional de Transformación y Fomento (BIRF)</p> <p>Mejor delegado para Juan Andrés Cabral en el European Parliament</p> <p>Mejor delegado para Rafael González en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente</p> <p>Mejor delegada para Jeanell Pérez en UN Women</p> <p>Mejor delegada para Arantxa Jurado en la Asamblea General de las Naciones Unidas</p> <p>Primera Mención Honorífica para Brayan Larez en European Parliament</p>

	<p>Segunda Mención Honorífica para Alejandro Acevedo en el Banco Internacional de Transformación y Fomento.</p> <p>Segunda Mención Honorífica para Ricardo Armas en el Comité de Consolidación de la Paz</p> <p>Segunda Mención Honorífica para Luis Ruiz en la Asamblea General de las Naciones Unidas</p> <p>Mención Verbal para Sthefanie Fuchs en Paz de París, Mención Verbal para Ángel Rodríguez en UN Youth</p> <p>Mención Verbal para Isabella Duarte y Devis Cisneros en el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.</p>
--	---

MOIT HNMUN-LA – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Delegado	Daniel	Strocchia

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
<p>MOIT</p> <p>Competencia:</p>	<p>may-22</p> <p>Lugar: Panamá City</p>	No obtuvieron.
Harvard National Model United Nations- Latin America 2022	Fecha:	

Presencial	Fecha: 01 al 05 de Junio
-------------------	--------------------------

NMUN UCAB – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Faculty Advisor	Ellis	Alberti
2	Delegate	Patricia	Moreira
3	Delegate	Sara	Gamboa
4	Delegate	Ángelo	Remuzgo
5	Delegate	Juan Ignacio	Tirado Polo

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
<p>NMUN</p> <p>Competencia:</p> <p>National Model United Nations 2022</p> <p>Presencial</p>	<p>abr-22</p> <p>Lugar: Manhattan, New York.</p> <p>Fecha: 02 al 07 de Abril</p>	<p>Premio Grupal: Outstanding Delegation Award (Premio a la Delegación Destacada)</p> <p>Premios individuales:</p> <p>GA 1: Giulianna Góngora y José Luis Moncada - Peer Award</p> <p>GA 2: Patricia Moreira y Daniel Delgado - Peer Award</p> <p>GA 3: Alessandra López y Ángel Carulli - Peer Award y Position Paper Award</p> <p>UNEA: Nataly De Abreu y Yolanda Ortíz - Peer Award</p> <p>CSW: Penélope - Peer Award</p>

		IAEA: Natalia Murillo y Aarón Rodríguez - Peer Award UNICEF: Sara Gamboa - Position Paper Award
--	--	--

Venezuelan MUN Society (VMUNS) – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Delegate	Isabela	Rodríguez Stöhr

RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL: BEST SMALL DELEGATION EN HNMUN-LA

DEL 1ERO AL 5 DE JUNIO DE 2022

WORDLMUN – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Faculty Advisor	Iván	Harting
2	Delegado	Omar	Mora
3	Delegado	Aarón	Rodríguez
4	Delegado	Montserrat	Pérez

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
WORLDLMUN	mar-22	Premio Grupal: No obtuvieron.

<p>Competencia:</p> <p>Harvard World Model United Nations 2022</p> <p>Presencial</p>	<p>Lugar: Tokio, Japón</p> <p>Fecha de la competencia: 13 al 18 de Marzo</p> <p>No viajaron pero compitieron virtualmente</p>	<p>Premio Individual:</p> <p>Luis Torres y Luis Chacón - Verbal Commendation en UNSST</p> <p>Manuel Sánchez - Verbal Commendation en WHO</p> <p>Gabriel Aceituno y Monserrat Perez- Verbal Commendation en ECOFIN</p> <p>Isabel Ávila y Aarón Rodríguez- Diplomacy Award en SOCHUM</p> <p>Natalia Murillo y Omar Mora- Diplomacy Award en ECOFIN</p> <p>Rafael Méndez y Valentina Rivas - Diplomacy Award en UNSST</p>
--	--	---

GABINETE UCAB – (competencia transversal)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Secretario General	Daniel	Castillo
2	Asesor Académico	Evelio	Chávez
3	Coordinadora de logística	Elena	Chacón
4	Coordinadora académica	Grecia	Rodríguez

27° Concurso Interamericano de Derechos Humanos Presencial	Lugar: American University Washington College of Law Washington D.C. Fecha de la competencia: Mayo 23-27, 2022	Premio Individual: TERCERA MEJOR ORADORA PARA EL ESTADO EN ESPAÑOL: Roselis Días
--	--	---

Competencia Eduardo Jiménez de Arechaga – CEJA UCAB 2021– (*Competencia solo Facultad de Derecho*)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Oradora	Ellis	Alberti
2	Oradora	Isabella	Duarte
3	Orador	Juan	Tirado
4	Oradora	Camila	Carballo
5	Entrenador Egresado	Jonathan	Klind
6	Co-entrenadora	Roselis	Díaz

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
		Premio Grupal: Finalistas – Subcampeones

<p>Edición XXV</p> <p>Presencial</p>	<p>Lugar: San José, Costa Rica</p> <p>Fecha de la competencia: Mayo 23-27, 2022</p>	<p>Mejor Memorial en representación de las víctimas</p> <p>Mejor Memorial en representación de la Agencia del Estado</p> <p>Premio Individual:</p> <p>Mejor Oradora de la ronda final: Ellis Alberti</p>
---	---	---

Competencia sobre Derecho Internacional Penal y Justicia Transicional. Bogotá, Colombia. (Competencia solo Facultad de Derecho)

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Oradora	Sthefanie	Fuchs
2	Orador	Alejandro	Granadillo
3	Orador	Julio	García
6	Entrenadora Egresada	Daniela	Suarez

Edición	Fecha y Lugar	Premios Ganados
	Lugar: Bogotá.	<p>Premio Grupal:</p> <p>Segundo lugar</p>

<u>#mootcourtcompetition2021</u>	Fecha de la competencia: 28 de octubre de 2021	Premio Individual: Mejor Oradora de la ronda final: Alejandro Granadillo Mejor escrito de argumentos de defensa: Julio García
----------------------------------	--	--

Competencia Internacional Víctor Carlos García Moreno. (Universidad del Claustro de Sor Juana). Ciudad de México, México. *(Competencia solo Facultad de Derecho)*

Nº	Cargo	Nombre	Apellido
1	Orador	Víctor	Freitas
2	Oradora	Patricia	Menoni (Guayana)
3	Orador	Adrián	Rodríguez

VIII. GRADUANDOS

ACTO DE GRADO 17 DE MARZO DE 2022

GRADUANDOS:

TÍTULO DE ABOGADO:

1. Arteaga Fernández, Carmen Sofía
2. Ascencao Paredes, Nohely Betania Alejandra
3. Ayala Chacón, Joselyn Mariely
4. Azcárate Uribe, Valentina Carolina
5. Baduel Flores, Raúl Isaías
6. Blanco Julio, Alexander José

7. Briceño Araya, Victor Alejandro
8. Bruttini Páez, Alessandra Fulvia
9. Bujanda Riera, Aníbal Ezequiel
10. Cabaña Villegas, Stefanny Cristina
11. Castro Ordoñez, Emili Patricia
12. Colmenares, Adam Moisés
13. Cusati Cammarano, Daniel Vicente
14. Gallo Blanco, Yeralí Giselle
15. García Prieto, Jessica Gabriela
16. Guarisma Gaspar, Kenny Alberto
17. Guzmán Gherzi, Alejandro
18. Harraka Ghazal El Bar, Juan José
19. Harting Martínez, Iván Enrique
20. Hernández Albarrán, Elvis José
21. Johnson Maldonado, Cristina Vanessa
22. Larrazabal Muro, Ricardo Alberto
23. Linares Hernández, María Isabel de la Chiquinquirá
24. Lugo Vargas, Johymar Fidelia
25. Martínez Torres, Fernando Luis
26. Mayronas De la Cruz, Luciana Alejandra
27. Mendieta Espinoza, Cindy Mayerling
28. Morales Omaña, Pedro Emilio
29. Olmedillo Romero, Katherine Gabrielys

30. Ordoñez Ortega, Sebastián José
31. Ovalle Mendoza, Luis
32. Pasceri García, Michelle Catherine
33. Pérez Santiago, Geyly Roxana
34. Pita Caires, María Laura Paola
35. Pita Pita, Eduardo Paulo
36. Plaza Mejías, Migdalis Carolina
37. Punceles Loynaz, Rafael Antonio
38. Quijada, César Alejandro
39. Ramírez Moncada, Carlos José
40. Ramírez Padrón, Alejandro Ignacio
41. Reyes Peña, Helen Saray
42. Rodríguez Dorta, Montserrat
43. Rodríguez Hernández, Francisco José
44. Rodríguez Hernández, Josbely Gabriela
45. Rondón Canelón, Anastacia Saray
46. Rosales Avendaño, Marith Fernanda
47. Sánchez Villasana, Albany Dessiree
48. Santoro Sierra, Paola
49. Silva Castejon, Delymar Micaela
50. Soto Álvarez, Patricia Nazaret
51. Tarrazzi Vargas, Antonio José
52. Trevisan Arocha, Gabriela Marina

53. Uzcátegui Vásquez, María-Fernanda

54. Vaccari Presa, Eugenia

55. Veliz Freitas, Dayana Isabel

56. Vivas Ortíz, Daniela Andrea

ACTO DE GRADO DE FECHA 20 DE JULIO DE 2022

GRADUANDOS

TÍTULO DE ABOGADO

1. Alcalá Caruci, Víctor Daniel
2. Alfonso Kourkounian, Paola Cristyna
3. Beltrán Valera, Alejandro Enrique
4. Calderón Fanay, Yegleny Andreina
5. Campos Villalba, Gabriela Cristina
6. Caseres Rojas, Patricia
7. Castro Pieruzzini, Moises Israel
8. Chacón Díaz, Ambar Del Valle
9. Chapellín Yendes, Yeily Bezabeth
10. Cortés Henao, María Elena
11. De Brigard Jiménez, Steffany Eileen
12. Dib Nicolas, Hanna
13. Domingo Delgado, Manuel Alejandro
14. Dugarte Lander, Josué Calet
15. Escalante Tejada, Brayhan Emir

16. Fresan Maya, Ivanna N
17. Gálviz Oropeza, Héctor Manuel
18. Gómez González, Brigitte Scarleth
19. Khliefat Arana, David José
20. Landaeta Reyna, María Isabel
21. León Pirela, Patricia Elena
22. Madrid Delpretti, Luis Eduardo
23. Martínez García, Carlos Gustavo
24. Matos Rodríguez, Diosangeles Ramona
25. Morantes Mosquera, Daniel Alejandro
26. Moreno Peña, Raydan Saad
27. Oropeza Rivero, Oxlaniela del Carmen
28. Parejo De Pablos, Josseph Anthony
29. Pérez Pérez, Virginia Macarena
30. Pérez Reyes, Eduardo Rafael
31. Ramírez Nahmens, Oscar Augusto
32. Robertti Amaro, Mariangélica
33. Rodríguez Hernández, Francisco José
34. Romero Blonval, Raúl Enrique
35. Salazar Albano, Luis Enrique
36. Sancristóbal Guerra, Raúl Eduardo
37. Valera Baldovino, Yatnieris Alejandra
38. Yllarramendi Fuentes, Shade Danielle

39. Yrigoyen Rea, María de Lourdes

ACTO DE GRADO DE FECHA 08 DE DICIEMBRE DE 2022

GRADUANDOS

TÍTULO DE ABOGADO

1. Briceño Pérez, Jipsy Yrai Del Valle
2. Brito Camacho, Oriana de los Ángeles
3. Díaz Paredes, María de los Ángeles
4. Polzella Giarratano, María Bianca

**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.

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 artículo 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: escríbalas con el mismo tipo de letra, interlineado y alienación que los párrafos.

Mayúsculas: use las mayúsculas habituales, es decir, al comienzo de una oración y en los nombres propios. No sature su texto de mayúsculas. El corrector de estilos se encargará de revisar detalladamente.

Letra cursiva: use letra cursiva o itálica para destacar una palabra o una expresión corta, nunca para destacar oraciones ni párrafos; para diferenciar citas textuales; y para diferenciar las palabras escritas en otro idioma.

Letra negrita: solo debe usar la letra negrita para los títulos y subtítulos. Dentro de los párrafos nunca debe haber letra negrita. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.

Subrayado: no lo use. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.

Modelo de portada del artículo.

