

Revista de la Facultad  
de Derecho  
2012-2015 / N° 67-70

Código de LATINDEX: Folio n° 19150  
(<http://www.latindex.org>)  
Código de REVENCYT: RVR036  
(<http://revencyt.ula.ve>)



Facultad de Derecho  
Universidad Católica Andrés Bello  
Caracas, 2015

**Revista de la Facultad de Derecho N° 67-70**

Director: Ninoska Rodríguez Laverde  
Asistente de Dirección: Liliana Fasciani M.  
Caracas, 2010  
ISSN: 0255-5328  
Depósito Legal: lf196502DF289

©Universidad Católica Andrés Bello  
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones  
Escuela de Derecho / Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Urb. Montalbán  
Apartado 20.332  
Caracas 1020 - Venezuela

**Consejo Editorial**

Juan Luis Mododell

*Decano de la Facultad de Derecho*

Emilio Píriz Pérez

*Director de Publicaciones UCAB*

Alfredo Parés Salas

*Director de la Escuela de Derecho*

Jesús María Casal

*Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas*

Magaly Vásquez González

*Directora de Postgrado*

Julio Rodríguez Berrizbeitia

*Por los Egresados y Apoyo logístico exterior*

Andrés Carrasquero

*Por la Facultad de Derecho*

Fernando Ignacio Parra Aranguren

*Asesor académico*

Emilio J. Urbina Mendoza

*Asesoría técnica - Control, metodología e indización*

Jesús María Alvarado

*Apoyo captación autores externos*

**Consejo de Redacción**

Salvador Yanuzzi

José Antonio Muci

Miguel Mónaco

Benjamín Klar

Carlos Ayala

Andrés Mezgravis

José Vicente Haro

Prof. Mabel Calderín  
Directora del Centro Cultural  
P. Carlos Guillermo Plaza  
centroculturalucab@gmail.com

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO  
Urbanización Montalbán - La Vega  
Apartado Postal 20332 - Caracas 1020 - Venezuela  
Teléfonos: 4074700 Ext. 207 y 208. Fax:4713307

Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB

Composición y paginación: MERY LEÓN

Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO.

FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS

Impreso por: Impresos Miniprés

**Adquisiciones y Canje**  
Prof. Mabel Calderín  
Directora del Centro Cultural

## Índice

<i>Editorial</i> .....	5
<b>Doctrina</b>	
<b>Derecho Público</b>	
<i>La inmunidad parlamentaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia</i> Rafael Enrique Tobía Díaz .....	9
<i>El nacimiento de un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. Una aproximación a su origen</i> Eligio Rodríguez Marcano .....	45
<i>Sobre la pseudo-disputa en torno al “estado social” – reflexiones a partir de los problemas que derivan del uso del lenguaje–</i> Jesús María Alvarado Andrade .....	89
<i>Se puede hablar de seguridad jurídica en Venezuela a la luz de las constantes irregularidades al legislar ocurridas en los últimos trece años</i> Teresita Acedo Betancourt .....	97
<i>Las tendencias totalitarias del estado social y democrático de derecho y el carácter iliberal del derecho administrativo</i> José Valentín González P. ....	151

<i>Cuotas electorales de género: Venezuela con el paso cambiado</i> Maoly Carrasquero Cepeda .....	183
---	-----

## **Derecho privado y Derecho procesal**

<i>Las Pruebas en el Recurso de Apelación. Una Propuesta sobre el Derecho a la Prueba</i> Bernardo Pissani .....	213
---	-----

<i>Breves consideraciones sobre el abuso de derecho en Venezuela y su procedencia en materia contractual</i> Roberto Lupini Pinzani .....	273
--	-----

<i>El derecho de desistimiento del consumidor</i> Enrique Urdaneta Fontiveros .....	301
--	-----

<i>La acción de nulidad absoluta como medio de impugnación de las decisiones de las asambleas de la sociedad anónima</i> Luis Mata Palacios .....	367
--	-----

<i>Decreto n°8.938 Con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras –normas fundamentales–</i> María del Rosario Bernardoni.....	387
---	-----

## **Derecho social**

<i>Comentarios críticos sobre el nuevo régimen de prestaciones sociales</i> Pedro Ramos Rangel .....	413
---	-----

<i>Los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras</i> Flavia Ysabel Zarins Wilding .....	433
--	-----

<i>Régimen legal y jurisprudencial del trabajador de dirección en Venezuela</i> Sergio Rodríguez .....	459
---	-----

Normas para la publicación de la revista .....	495
--	-----

## Editorial

Presentamos el número 67-70 de la *Revista de la Facultad de Derecho* agradeciendo a los profesores la Facultad de Derecho cuyos manuscritos integran dicho número por su muy valiosa colaboración académica, la cual permite dar continuidad a este medio de divulgación para el estudio y la actualización en temas específicos del Derecho.

Los manuscritos contenidos en esta edición permiten revisar conceptos del Derecho Público y del Derecho Privado desde el análisis objetivo fundado en el estudio sobre la evolución de conceptos, derechos fundamentales e instituciones del Derecho en la doctrina nacional y extranjera, otras fuentes del Derecho y las legislaciones vigentes del ordenamiento jurídico.

Es así como se organiza el índice de este número de la siguiente manera un primer bloque de trabajos intitulados *La Inmunidad Parlamentaria en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, *El Nacimiento de un Nuevo Derecho Fundamental: el derecho a la protección de datos personales –una aproximación a su origen–*, *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el Carácter Iliberal del Derecho Administrativo*, *la Pseudos-disputa en torno al Estado Social*, y *Las Pruebas en el Recurso de Apelación*.

El segundo grupo de manuscritos abordan desde un análisis estrictamente jurídico el posible impacto que normas vigentes pueden causar en el ejercicio de derechos sociales o económicos del ciudadano en su condición de trabajador, patrono y consumidor de bienes. Los temas tratados desde esta perspectiva son los siguientes: *El Derecho de Desistimiento del Consumidor*, *Decreto Número 8.838 Ley Orgánica del Trabajo*,

*del Trabajador y Trabajadoras, Los Trabajadores Eventuales, Temporeros y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo, del Trabajador y Trabajadoras, Comentarios críticos sobre el nuevo Régimen de Prestaciones Sociales y el estudio sobre el Régimen Legal del trabajador de Dirección.*

Sirva esta presentación para reafirmar que la vocación de servicio de nuestra Universidad le encomienda a sus miembros actuar con una voluntad inspirada en el propósito de contribuir al diálogo académico. De allí que las opiniones emitidas en esta Revista, fundadas en la experticia y análisis de estudio de los especialistas, son opiniones que pretenden complementar y acompañar el discernimiento de las interrogantes o dudas de interpretación que se plantean ante los temas seleccionados.

Apreciados lectores, entregamos así para sus consideraciones los trabajos consignados para esta edición, compartiendo la intención de quizás el mayor número de los colaboradores de este número, intención marcada en el entendido de que lo aquí manifestado es el fruto de una investigación que no pretende acuñar una única y última interpretación u opinión individual sino ponerse al servicio del estudio del Derecho, propósito que nos une y convoca en nuestro diario encuentro universitario.

Ninoska Rodríguez

# DOCTRINA





# La Inmunidad Parlamentaria en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia

Rafael Enrique Tobía Díaz\*

RESUMEN:

La inmunidad parlamentaria es una garantía constitucional reconocida por el Derecho Constitucional al parlamentario como representante o mandatario de los electores. Sin embargo, esa garantía se ha visto afectado por las decisiones que ha dictado el Tribunal Supremo de Justicia en los últimos años.

Palabras clave:

Inmunidad parlamentaria, Poder Legislativo,

Abstract:

Parliamentary immunity is a recognized constitutional safeguard for members of parliament and legislative bodies. This safeguard is granted to these members of parliament as representatives of their electorate. However, this safeguard has been eroded as a result of the rulings of the past years of the Supreme Tribunal of Justice.

Keywords:

Parliamentary Immunity, Legislative Power.

“Hay que comprender claramente, en primer lugar, cuál es el objeto y el fin de la Asamblea representativa de una nación; no puede ser diferente del que propondría la nación si la misma pudiera reunirse y deliberar en el mismo lugar”.

***Qu'est-ce que le Tiers-Etat? Essai sur les privilèges; Emmanuel Sieyès, 1789***

\* Abogado egresado Summa Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) (2003). Especialista en Derecho Tributario egresado con la Mención Honorífica de la Universidad Central de Venezuela (UCV) (2009). Cursante de la Maestría de Derecho Constitucional de la UCAB. Profesor y Jefe de la Cátedra de Introducción al Estudio del Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor del Diplomado de Gerencia Tributaria de Empresas del Centro Internacional de Actualización Profesional (CIAP) de la UCAB. Miembro de Número de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Miembro del Comité de Derecho Procesal Tributario de la AVDT. Abogado Asociado de la firma Rodríguez & Mendoza.

“La Asamblea Nacional, sin perjuicio del derecho de establecer en detalle los medios constitucionales que aseguren la independencia y la libertad de los miembros del cuerpo legislativo, declara que hasta el establecimiento de la ley sobre los jurados en materia criminal, los diputados de la Asamblea Nacional, pueden en caso de flagrante delito, ser detenidos conforme a las ordenanzas (...) no obstante no podrán ser procesados por ningún juez, antes de que el cuerpo legislativo haya decidido que hay lugar a la acusación, a la vista de las informaciones y de las piezas de convicción”

**Decreto de la Asamblea Nacional Francesa del 26 de junio de 1790.**

(...) Un parlamentario, un hombre que dicta leyes, debe ser inmune a ciertos tipos de ataques judiciales mientras desempeña sus funciones, porque si no fuera así, no tendría la necesaria libertad para hablar y legislar en nombre del pueblo elector.

**Arnoldo García Iturbe, Profesor de la Universidad Central de Venezuela, 1973**

(...) La postura mantenida por la práctica –y posteriormente por la legislación- ya desde la Constitución del doce [Constitución de Cádiz], fue la de estimar como momento a partir del cual la inmunidad ampara a los representantes el de su elección (...) La solución a este problema no podría ser de otra manera. Si la finalidad de esta prerrogativa es impedir la persecuciones inmotivadas que pretendan alejar de su función a determinado parlamentario, es obvio que no podría aguardarse el momento de la verificación de poderes ni al de la toma de posesión, pues bastaría el espacio intermedio para que pudieran anularse todas las finalidades de la inmunidad

**Alfonso Fernández Miranda Campoamor, “La Inviolabilidad y la Inmunidad Parlamentaria en el Derecho Español”, 1976**

## **I.- INTRODUCCIÓN:**

El presente trabajo de investigación surgió con ocasión de las inquietudes y reflexiones que despertó la Cátedra de Derecho Parlamentario de la Maestría de Derecho Constitucional en lo referido al tema sobre la Inmunidad Parlamentaria, y las decisiones que -en relación a esa prerrogativa-, ha dictado el Tribunal Supremo de Justicia en los últimos dos años. Después de haber estudiado y reflexionado con mayor profundidad el funcionamiento e importancia del Parlamento como institución del Estado Constitucional Democrático, y las delicadas funciones que le han

sido encomendadas a sus miembros, cuyo cumplimiento –además- demandamos como ciudadanos y electores, se ha fraguado en mi persona la convicción de que, a pesar de las posturas doctrinarias o judiciales contrarias a la existencia de esa prerrogativa, el debilitamiento que actualmente padece nuestro Estado (al que no me atrevo de calificar –en rigor- como de Derecho), aunado a las deficiencias que experimenta nuestro régimen democrático y Poder Judicial, determinan la necesidad de promover la defensa y adecuada aplicación de la inmunidad como parte integrante del estatuto del parlamentario e, incluso, de la oposición política que hace vida en el Parlamento. Debo advertir que el presente trabajo de investigación, si bien ha destacado la importancia de las prerrogativas parlamentarias referidas a la inviolabilidad y a la inmunidad, se ha centrado en el estudio de la última, esto es, de la institución constitucional que se traduce en la protección procesal del parlamentario contra persecuciones judiciales, en la que, en forma alguna, puede verse –como algunos erradamente han sostenido- un pretendido privilegio que puede conllevar a la impunidad y que debe ser abandonado. Por el contrario, nuestro propósito ha sido: (i) destacar la esencia de una institución que, al igual que en el pasado siglo, sirvió para forjar una democracia en Venezuela, y (ii) crear consciencia para rescatarla de la amenaza en la que se encuentra a raíz de criterios jurisprudenciales que respetamos, pero que, en algunos aspectos, no compartimos, los cuales serán analizados en el presente estudio.

## **II.- LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS COMO ESTATUTO DEL PARLAMENTARIO Y ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN POLÍTICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO:**

En el proceso de consolidación política y jurídica del Parlamento como institución constitucional –iniciada a partir del siglo XVII- durante el Estado Liberal Burgués y, posteriormente, afianzada en forma progresiva con el surgimiento del Estado de Derecho moderno, respecto del cual se pretende –en la actualidad- su conducción como “Estado Constitucional Democrático”,<sup>1</sup> el Parlamento, no ha estado exento de riesgos y amenazas

---

1 Compartimos esta concepción de Estado formulada por el profesor alemán ROBERT ALEXY, quien en sus reflexiones sobre la relación que existe entre la forma en que

en lo referido a su existencia y funcionamiento, ni tampoco sus miembros se han visto librados de determinados abusos y atropellos cometidos por los otros poderes del Estado dirigidos a afectar el desempeño de los deberes que le son inherentes a los parlamentarios.

En efecto, si se analiza el origen de el Parlamento como institución política representativa, se puede concluir que, por una parte, nació con la pretensión de atribuirse la soberanía que por la fuerza de dogmas impuestos habían reservado su titularidad absoluta al monarca (Rex); mientras que, al mismo tiempo, su surgimiento se constituyó en una respuesta política a la necesidad de cuestionar, limitar, controlar y fiscalizar los amplios poderes que dicho monarca había ejercido, la más de las veces, de forma arbitraria e inconsulta, todo lo cual, determinó el surgimiento de fuertes enfrentamientos y conflictos entre ambas instituciones.

Un ejemplo histórico de lo aquí afirmado, fue la aguda tensión política que en el Reino de Inglaterra se produjo entre el monarca Jacobo I y el Parlamento, con ocasión de la pretensión del mencionado Rey de obtener financiamiento, vía impuestos (taxes), para afianzar su poder central, reorganizar las jurisdicciones territoriales y la milicia. Al respecto, ha indicado RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ que:

Jacobo I intentó, con sucesivas convocatorias y disoluciones, que las Cámaras le concediesen una mayor financiación mediante impuestos.

---

se organizan los poderes del Estado y sus implicación en la garantía y protección de los Derechos Humanos (cualquiera que ellos sean), ha señalado lo siguiente: "(...) La incorporación de derechos fundamentales en una Constitución no basta. La pregunta decisiva consiste en saber quién controla la observancia de los derechos fundamentales por parte del legislador. Existen dos respuestas fundamentales: el proceso democrático o un tribunal constitucional. Quien vota a favor de que el legislador deba ser controlado exclusivamente mediante el proceso democrático, opta por un Estado democrático de derecho. Quien, además, defiende un control por un tribunal constitucional, interviene a favor de un Estado constitucional democrático. La relación entre Estado democrático de derecho y el Estado constitucional democrático no es de estricta alternativa, sino de complementación. Mi tesis dice que tanto el Estado democrático de Derecho como el Estado formal de derecho son una condición necesaria para la institucionalización de los derechos humanos, pero son insuficientes. Deben ser completados con una jurisdicción constitucional hacia un Estado constitucional democrático" (vid. ALEXY, Robert. "La Institución de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático". *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1998. Págs. 37 y 38).

Estaba obligado a recurrir a la asamblea debido a la máxima medieval “lo que a todos afecta debe ser aprobado por todos” (quo omnes tangit ab ómnibus approbetur). Pero no llegaría a cumplir su propósito, ante el rechazo continuo de los parlamentarios, que entonces no temían una amenaza exterior [de Francia] que invadiese a Inglaterra y que por tanto no consideraban urgente la aprobación de imposiciones fiscales para guerra alguna.<sup>2</sup> (Interpolado nuestro).

En virtud de los sucesivos cuestionamientos del Parlamento a la insistente presión del Rey, éste amenazó al Parlamento y le advirtió del eventual empleo de sanciones contra sus miembros para forzar su concesión en lo referido a la aprobación de nuevos impuestos. En efecto, Jacobo I envió una carta al *speaker* de la Cámara de los Comunes con el siguiente contenido:

Haga saber en nuestro nombre a la Cámara, que nadie deberá en lo adelante presumir en ella de entrometerse en nada que concierna a nuestro gobierno, o a altos asuntos del Estado. Nos consideramos muy libres y capaces de castigar la transgresión de cualquier hombre en el parlamento, tanto durante sus sesiones como después de éstas, lo cual significa que no perdonaremos de hoy en adelante, ningún caso de comportamiento insolente que se cometa allí referente a nos.<sup>3</sup>

Obviamente, ello determinó una radicalización de la postura del Parlamento, cuya respuesta no se hizo esperar mediante un comunicado formal al monarca:

(...) libertad de palabra, para tratar, razonar y llevar a conclusión un caso y que los comunes en el Parlamento gozan de la libertad para tratar acerca de tales asuntos en el orden que a su juicio le parezca más apropiado y que todos y cada uno de tales miembros de dicha Cámara gozan de igual libertad, de toda acusación, prisión y molestia por cualquier asunto tocante al parlamento.<sup>4</sup>

---

2 CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. “Los Agreements of People y los Levellers: La lucha por un Nuevo Modelo Político en la Inglaterra de Medios del Siglo XVII”. *Revista Electrónica de Derecho Constitucional* Nro. 9, 2008. pág. 8

3 JIMÉNEZ M., Rafael Simón. “La Inmunidad Parlamentaria en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Editorial Vadell Hermanos Editores, C.A., Caracas, Venezuela. 2011. pág. 23

4 La transcripción de la comunicación que la Cámara de los Comunes dirigió al monarca

Así, en virtud del continuo enfrentamiento político entre el Parlamento y el Rey (o Poder Ejecutivo) y los riesgos que ello implicó para los miembros de aquel, se fue fraguando progresivamente –desde el punto de vista constitucional- un conjunto de prerrogativas jurídicas que le fueron reconocidas a sus miembros y que se consideraron parte integrante del denominado Estatuto Parlamentario, esto es, el conjunto de privilegios, derechos y deberes que rigen a los miembros del Parlamento con ocasión del ejercicio de sus funciones y, precisamente, con el objeto de garantizar cabalmente el óptimo y eficaz despliegue de esas funciones,<sup>5</sup> las cuales, prontamente dejaron de quedar limitadas en torno a la representatividad política, para ampliarse y extenderse al ámbito del control político.

Ciertamente, con relación a las nuevas funciones que –progresivamente– fue asumiendo el Parlamento y que son esencialmente distintas a aquella vinculada con la representación política, es oportuno traer a colación lo señalado por BERLIN VALENZUELA, según el cual:

desde sus orígenes el parlamento tuvo asignada una función representativa, a la que posteriormente fue agregada la presupuestaria, con el propósito de conseguir recursos pecuniarios al rey; sin embargo, esa función fue ampliada, sobre todo a finales del siglo XVIII, cuando las cámaras buscaron limitar y controlar el ejercicio del poder real que había llegado al absolutismo. Así comenzó el parlamento a desarrollar otras funciones, entre ellas la legislativa y la fiscalizadora (...) Consolidado el parlamento, éste llegó a convertirse en el centro de la voluntad general, en el foro donde los representantes de las comunidades discuten, confrontan y luchan por incorporar los fundamentos ideológicos e intereses de sus representados a un proyecto nacional; así pues, toca al parlamento convertir las reflexiones

---

Jacobo I en respuesta a sus amenazas, puede ser consultada en: JIMÉNEZ M., Rafael Simón. “La Inmunidad Parlamentaria...” op.cit. 23

5 Acertadamente ha señalado el profesor LUIS BELTRÁN PRIETO FIGUEROA que: “Esa función representativa [refiriéndose al Parlamento] y la de crear la ley deben estar protegidas y defendidas para que no se desvíen de sus finalidades específicas, que se expresan en la realización del bien general. Tal es la razón de ser de las inmunidades de los representantes del pueblo”. (vid. PRIETO FIGUEROA., Luis B. *Las Inmunidades Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza*. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982, pág. 6)

económicas y las demandas sociales en grandes opciones políticas de la nación.<sup>6</sup>

Por tal razón, en lo que se refiere al Derecho Constitucional inglés y francés, la condición del Parlamento como órgano representativo, legislativo,<sup>7</sup> contralor y fiscalizador del Rey (o del Ejecutivo Nacional), en un contexto de constante tensión y confrontación con ese otro poder político, aunado al hecho de atribuirse la cualidad de ser depositario y custodio de la soberanía de la Nación, justificó desde sus inicios,<sup>8</sup> la

6 BERLIN VALENZUELA, FRANCISCO. *Derecho Parlamentario*. Fondo de Cultura Económica, Sexta Reimpresión, México D.F., México. 2006. págs 128 y 129.

7 Aquí, debemos destacar que, tal como lo reconoce la doctrina, el Parlamento tiene una especial transcendencia si se analiza esa institución por las funciones políticas y jurídicas que desarrolla en el Estado y en el régimen democrático. En efecto, si bien desde un punto de vista político puede considerarse que el Parlamento cumple un rol vinculado con la representación política, desde el punto de vista jurídico su naturaleza trasciende esa noción para erigirse orgánicamente en la más importante fuente del Derecho, después de la Constitución. En ese orden de ideas, en su momento, CARL SCHMIDTT, señaló con relación al Parlamento que tiene: “la doble e indisoluble condición de órgano representativo de la sociedad y fuente creadora del Derecho del Estado”. (vid. SMICHDTT, Carl. “Teoría de la Constitución”, Madrid, 1934; citado por LÓPEZ GARCÍA, Eloy. “Problemática de la Inmunidad Parlamentaria”. Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de México (UNAM). pág.96).

8 En efecto, desde el inicio mismo del forjamiento de la institución parlamentaria, se justificó la existencia de especiales prerrogativas cuya justificación quedó demostrada por ciertos hechos históricos. En el interesante estudio que realizó el profesor LUIS BELTRÁN PRIETO FIGUEROA sobre las inmunidades parlamentarias, señaló que su origen se puede situar “*en Inglaterra, afirmándose en lucha contra el Poder Real y contra la majestad de Justicia. En ese país, se establece por el Bill des Droits de 1688, parágrafo 9, donde dice: “La libertad de palabra y de debate en el Parlamento no podrá ser atacada ni cuestionada ante un tribunal ni en ningún lugar distinto del Parlamento mismo”. Esa lucha fue larga . Durante el reinado de Ricardo II, en 1397, fue condenado a muerte el diputado Haxey, que propuso la reducción de los gastos de la casa real. Haxey se libró de la muerte gracias a la intervención del Arzobispo Arundel. Al subir al trono Enrique IV, Haxey pidió la revocatoria de la sentencia, por contraria a la ley y costumbres del Parlamento. El fallo fue anulado por el Rey, lo que implicaba reconocimiento del privilegio. No obstante (sic) en 1642 fue perseguido y puesto preso el diputado Strode, por intervenciones en el Parlamento, lo que dio lugar a una ley que declaró nulas las actuaciones del tribunal que puso preso y condenó a Strode. Hubo violación del privilegio en 1568, 1571 y 1621. Durante el reinado de Carlos I, alcanzó mayor tensión la pugna entre el Soberano y la Cámara, que alegó violación de la Ley Strode, antes citada. Esta pugna precipitó la caída del Rey en 1648, que fue decapitado el 30 de enero de 1649”* (Destacado nuestro) (vid. PRIETO

necesidad de proteger a la institución parlamentaria, encarnada en sus miembros, con dos importantes prerrogativas denominadas: “*freedom of speech*” y “*freedom of arrest*”, justificadas precisamente en esa naturaleza representativa, contralora y deliberativa del Parlamento.

Con relación a esas prerrogativas, antecedentes históricos de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria del Derecho Constitucional contemporáneo, el profesor español ELOY GARCÍA LÓPEZ ha sostenido lo siguiente:

la ‘freedom of speech’ debería ser entendida más como un instrumento judicial de defensa del Parlamento y los parlamentarios frente a los ataques de la Corona, nota típica de la inmunidad [inviolabilidad], como una garantía adicional y complementaria que el monarca otorgaba a aquellos grupos sociales que gozaban el derecho a ser consultados en los asuntos del reino, de que efectivamente sus consejos serían oídos y de que no se utilizaría ninguna triquiñuela legal para amedrentar a las personas que los transmitieran. Y algo similar cabría decir de las ‘freedom of arrest’: impedir la asistencia del mandatario a las sesiones del Parlamento medieval, suponía dejar sin voz ni voto a las personas por él representadas.<sup>9</sup>

En virtud de lo expuesto, puede señalarse que las prerrogativas parlamentarias son auténticas garantías constitucionales reconocidas por el Derecho Constitucional al parlamentario y que conforman parte de su estatuto como funcionario público,<sup>10</sup> siendo esas garantías reconocidas a

---

FIGUEROA., Luis B. “Las Inmunitades Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982, pág. 11).

9 GARCÍA LÓPEZ, Eloy. *Problemática de la Inmunidad Parlamentaria*. Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de México (UNAM). pág. 99.

10 En Venezuela, la institución de la *inmunidad parlamentaria* se encuentra reconocida desde la primera constitución de 1811, en los siguientes términos: “Artículo 69: La inmunidad personal de los Representantes y Senadores en todos los casos, excepto los prevenidos en el párrafo sesenta y uno, y los de traición o perturbación de la paz pública se reduce a no poder ser apisionado durante el tiempo que desempeñan sus funciones legislativas, y el que gastaran en venir a ellas o restituirse a sus domicilios y no poder ser responsables de sus discursos u opiniones en otro lugar que en la Cámara en que los hubiese expresado.” (vid. BREWER CARÍAS, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*. Editado por la Universidad Católica del Táchira y el Centro de Estudios Constitucionales de España, Madrid. España. 1985. pág.188). Sobre este particular, ha señalado LUIS BELTRÁN PRIETO FIGUEROA lo siguiente: “La Constitución de Venezuela

su persona en su calidad de representante o mandatario de los electores (o la Nación), razón por la cual, en mi opinión, no sólo a través de ella se le protege como miembro que conforma la institución del Parlamento, sino también, resultan ser esenciales al régimen democrático y condición *sine quan non* para su adecuado y pleno desenvolvimiento.<sup>11</sup> De allí que, salvo algunas diferencias que más adelante precisaremos, compartimos el criterio del profesor ORLANDO TOVAR cuando señala lo siguiente:

(...) Tales garantías se traducen en prerrogativas específicas o excepcionales al derecho común concedidas a los mencionados funcionarios (considerados colectiva o singularmente), no ya en su interés personal (puesto que tendríamos entonces privilegios como los reconocidos a los componentes de algunas clases en el Ancien Regime), sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que no son renunciables y atribuyen a sus beneficiarios no derechos públicos subjetivos, sino simple intereses legítimos.<sup>12</sup>

En el mismo orden de ideas, la doctrina española también concibe las prerrogativas parlamentarias como una “garantía constitucional”, cuyo reconocimiento expreso se encuentra en la Constitución de España de 1978,<sup>13</sup> a lo cual, nosotros nos permitimos añadir que con ello se destaca

---

de 1811, que es cuarto país del mundo con Constitución escrita (descontados las que siguieron a la francesa de 1791 y a la haitiana de 1806) y la primera de América Latina Continental, establece la inmunidad parlamentaria casi en los mismos términos que la Constitución norteamericana, que le sirvió de fundamento en algunas partes.” (vid. PRIETO FIGUEROA., Luis B. “Las Inmunities Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982, pág. 14)

- 11 La profesora CECILIA SOSA ha señalado que la inmunidad parlamentaria “no es un mera excepción al principio de igualdad, es una **necesidad constitucional**” (Destacado nuestro) (vid. JIMÉNEZ M., Rafael Simón. “La Inmunidad Parlamentaria...” op.cit. pág. 11)
- 12 TOVAR, Orlando. *Derecho Parlamentario*. Publicaciones del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, Venezuela. 1973, pág. 37. Aquí es interesante destacar que, a diferencia de lo enseñado por el profesor ORLANDO TOVAR, el filósofo alemán JURGEN HABERMAS ha considerado que la inmunidad parlamentaria debe considerarse un **derecho** cuya titularidad corresponde a la persona natural que ostenta el mandato representativo. (vid. GARCÍA LÓPEZ, Eloy. “Problemática de la Inmunidad Parlamentaria”. Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de México (UNAM). pág. 108.)
- 13 El artículo 71 de la Constitución del Reino de España de 1978, actualmente vigente, establece lo siguiente: “Artículo 71. 1. Los Diputados y Senadores gozarán de

implícitamente su relación con la protección, defensa y funcionamiento del régimen democrático, (tal como hemos destacado anteriormente), en el cual, deben existir y convivir pacíficamente una “pluralidad” de ideologías políticas en un contexto de auténtica *tolerancia*. En efecto, el profesor PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, en un interesante y exhaustivo trabajo de investigación sobre el tema, ha señalado lo siguiente:

Se ocupa el artículo 71 de la Constitución española de las denominadas prerrogativas o garantías de los parlamentarios. Esencialmente, la inviolabilidad, es decir, la total irresponsabilidad de que gozan las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones, la inmunidad consistente en que no pueden ser detenidos salvo en flagrante delito, ni procesados ni inculcados sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenecen y el fuero que supone el establecimiento de un –Juez Natural- de los Diputados y Senadores, en orden a garantizar que los procesos penales que contra ellos se dirijan tengan lugar en las adecuadas condiciones de imparcialidad. Aunque la inmunidad e inviolabilidad aparecen nítidamente separadas, e históricamente pueden encontrarse diferencias de finalidad y sentido entre las mismas, en el estado actual de nuestra cultura jurídica es indudable que tienen un carácter complementario, pues, si la única lógica racional de su mantenimiento ***es la protección de la libre formación de la voluntad de las Asambleas, de acuerdo con su originaria composición, permitiendo que todas las ideas puedan ser objeto de debate sin ningún tipo de coerción, la autorización de las Cámaras para proceder constituiría la más eficaz garantía para ello (...)***.<sup>14</sup> (Destacado nuestro)

---

inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. 2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. 3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. 4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras”.

- 14 FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Fernando. *El Juez Natural de los Parlamentarios*. Editorial Civitas, Madrid. España. 2000. págs. 15-19. Sin embargo, debemos acotar que en la opinión del autor antes citado, “la inviolabilidad es la única prerrogativa inherente a la función parlamentaria pues, sin excepción de responsabilidad por sus opiniones, el Diputado carecería de libertad para expresarse sin restricciones, con lo que no podría ejercitar adecuadamente su mandato y el debate real dejaría de existir”. Por tal razón, más adelante, en la misma obra, el autor señala respecto de la “inmunidad parlamentaria” lo siguiente: “(...) En el fondo, la inmunidad no constituye más que

Precisamente por lo anterior, también podemos decir que, en determinados regímenes políticos en los que el pluralismo y tolerancia (como cualidades de una auténtica democracia) se puedan ver amenazados frente al propio poder de las mayorías parlamentarias o de poderes externos a la institución del Parlamento (como lo puede ser el Poder Judicial), la inmunidad parlamentaria (*lato sensu*) se erige no sólo como parte integrante del estatuto del parlamentario garantizado constitucionalmente, sino también, como lo que se ha denominado “el estatuto de la oposición política”. En efecto, para el autor alemán STERBERGER:

la confrontación institucionalizada que continuamente se está fraguando en el seno del Estado democrático entre gobierno y oposición, confrontación que sólo puede ser tildada de institucional, en la medida en que el poder asegure a la minoría el disfrute efectivo de una serie de derechos y garantías, ***que conforman el llamado estatuto de la oposición, y entre los cuales ocupa un papel destacado la inmunidad parlamentaria.*** En relación con esto último (...) son dos las motivaciones que en los sistemas democráticos contemporáneos llevan a la mayoría a respetar las garantías consignadas en el estatuto de la oposición y, muy especialmente, la inmunidad parlamentaria. ***En primer lugar, razones de principio: el gobierno sabe que en el futuro está inexorablemente llamado a ser oposición y necesita***

---

la expresión de los recelos todavía existentes hacia al Poder Judicial (...) Realmente, éste es el único sentido que guarda actualmente, pues toda la construcción doctrinal y jurisprudencial realizada sobre la necesidad de garantizar el mantenimiento originario de las Asambleas, evitando su alteración por cualquier género de manipulación política, no responde en la práctica más que a un intento de dotar de contenido a un instituto cuya consagración constitucional exige que le proporcionemos un perfil nítido y diferenciado que indudablemente tuvo en los orígenes del parlamentarismo, pues en los modernos Estados de Derecho, sería irracional pensar que la utilización de la vía penal para finalidades políticas no pudiera ser detectada por los propios Jueces y Tribunales a quienes constitucionalmente, les está atribuido el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, la correcta aplicación del Derecho” (Destacado nuestro). No obstante lo expresado por el autor, consideramos que en las democracias de América Latina (incluida la de nuestro país), salvando las diferencias que existen en cuanto a la forma de gobierno, nuestras democracias son deficitarias en muchos aspectos, particularmente en lo referido a la ausencia de un Poder Judicial independiente y autónomo, por lo que, oponerse a la justificación de la existencia de la “inmunidad parlamentaria” basado en la mera idea de que hay un Estado de Derecho que mediante su Poder Judicial sería garante de la constitucionalidad, puede resultar una afirmación distanciada de la realidad política y jurídica.

***prepararse para esa eventualidad; y en segundo término, razones prácticas: en la democracia actual lo habitual son las mayorías relativas o de coalición y no las mayorías absolutas,*** para decirlo en palabras de Lipjhart, la democracia consociativa es la regla y la democracia Westminster la excepción, lo que implica una considerable difuminación de las funciones clásicas de poder y oposición, ***y a su vez, esto supone un notable reforzamiento de los derechos de las minorías y de los instrumentos que como la inmunidad tienen por objeto defenderlos.***<sup>15</sup> (Destacado nuestro)

En virtud de lo expuesto y con fundamento en la necesidad de garantizar, desde un punto de vista auténticamente democrático, el Parlamento como institución constitucional de carácter representativo y deliberativo, de control político y fuente de Derecho, nuestra opinión se inclina decisivamente a favor de la existencia de la inviolabilidad e inmunidad como “prerrogativas parlamentarias”, cuya justificación no sólo encuentran asidero constitucional en la necesidad jurídica de proteger el cabal funcionamiento de la Asamblea Nacional, sino también en la imperiosa realidad de proteger al parlamentario como funcionario del Estado en el ejercicio del mandato que le ha sido confiando por el electorado, el pueblo o la Nación, más aún cuando forma parte de la oposición política.<sup>16</sup>

En ese orden de ideas, compartimos las consideraciones expuestas por el profesor LUIS BELTRÁN PRIETO FIGUEROA, quien al analizar los efectos jurídicos y procesales de la inmunidad parlamentaria, ha afirmado con base en su propia experiencia como parlamentario,<sup>17</sup> lo siguiente:

---

15 DE VEGA, Pedro. *Para una Teoría de la Oposición*. Estudios Políticos Constitucionales. México, 1980, citado por GARCÍA LÓPEZ, Eloy. *Problemática de la Inmunidad Parlamentaria*. Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de México (UNAM). pág. 121.

16 La postura que aquí adoptamos, nos lleva a rechazar la tesis jurídica sostenida por la Comisión Especial de Inmunidad Parlamentaria de la Asamblea Nacional, quien en su informe de fecha 03 de febrero de 2001, elaborado con ocasión de la inmunidad parlamentaria invocada por los ciudadanos Biaggio Pilieri Gianinnoto, Hernán Claret Alemán Pérez y José Alberto Sánchez Montiel, sostuvo –con relación a la inmunidad parlamentaria– lo siguiente: “(...) Es decir, es una defensa del ejercicio de sus funciones por el Parlamento, y no una garantía para el ejercicio personal de las funciones del parlamentario”(vid. Informe de la Comisión Especial de Inmunidad Parlamentaria de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en la versión digital del Diario El Universal en fecha 02 de marzo de 2011.)

17 Aquí debemos recordar que en el año de 1938, el diputado LUIS BELTRÁN PRIETO

la cuestión planteada en este debate es de una gran importancia jurídica, porque está en juego, no sólo la defensa de un parlamentario inculpado, que puede ser un caso particular, sino la majestad de la institución del Parlamento, origen de la ley y depositario de la potestad contralora del gobierno y de la administración, razón por la cual estos pueden estar interesados en eliminar a opositores molestos.<sup>18</sup> (Subrayado nuestro)

A continuación y según hemos advertido de la Introducción del presente trabajo de investigación, efectuaremos una serie de consideraciones jurídicas con relación a la inmunidad parlamentaria (entendida en *stritu sensu*), que tienen el propósito de precisar y rescatar lo que, en nuestra opinión, constituye su esencia como garantía constitucional del Parlamento y de la persona que lo integra en su condición de funcionario investido como mandatario del electorado en una democracia.<sup>19</sup>

---

FIGUEROA fue proclamado *senador electo* y, no obstante ello, por razones políticas, se le dictó un auto de detención en fecha 19 de abril del mismo año que pretendió evitar su incorporación a la Cámara del Senado y el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le correspondían como parlamentario integrante de la misma.

18 PRIETO FIGUEROA., Luis B. "Las Inmunities Parlamentarias..." *opus.cit.* pág. 135

19 He considerado pertinente traer a colación lo señalado por el profesor NORBERTO BOBBIO sobre las condiciones para la Democracia: "(...) es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc., los derechos con base en los cuales nació el Estado Liberal y se construyó la doctrina del Estado de derecho en sentido fuerte, es decir, del Estado que no sólo ejerce el poder sub lege, sino que lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos "inviolables" del individuo. Cualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos, ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego; son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego" (vid. BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Fondo de Cultura Económica. Quinta Reimpresión, México, 20098. pág. 26)

### **III.- LA INMUNIDAD COMO PRERROGATIVA PARLAMENTARIA A LA LUZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO**

#### **3.1) NATURALEZA JURÍDICA:**

Como hemos asomado anteriormente, la doctrina se encuentra dividida no sólo sobre la justificación constitucional de la inmunidad (entendida en sentido estricto) como prerrogativa parlamentaria,<sup>20</sup> sino también sobre su naturaleza jurídica.

Apartando la discusión sobre la justificación constitucional de la inmunidad parlamentaria (sobre la cual hemos adoptado, en el capítulo anterior, la postura que la defiende y promueve como una garantía jurídica necesaria para la protección y eficaz funcionamiento de la institución del Parlamento y del funcionario que lo integra al haber sido investido con el mandato recibido por el electorado o la Nación),<sup>21</sup> los autores discuten

---

20 En el debate de la Asamblea Nacional Constituyente con relación a la inmunidad parlamentaria, el constituyente RICARDO COMBELLAS, se mostró partidario –en un primer momento– de suprimir dicha prerrogativa del futuro texto constitucional: “La idea moderna, es que el allanamiento, el control interno de la Asamblea para decidir si un parlamentario debe ser o no juzgado, nos parece en la actualidad excesivo y en ese sentido el constitucionalismo moderno, si bien no es uniforme, ha surgido una posición a favor de la eliminación de la inmunidad penal, referida a que el parlamentario, no puede ser juzgado si no es previamente autorizado su enjuiciamiento, por el propio cuerpo, en este caso, la Asamblea Nacional” (Destacado nuestro). Sin embargo, el mismo constituyente RICARDO COMBELLAS, también reconoció que, en determinadas circunstancias o realidades políticas, también se ha optado por preservar la inmunidad parlamentaria, cuando no es plena la vigencia del Estado Constitucional de Derecho. Esa fue la razón por la que propuso la alternativa de que, en todo caso, se estableciera como alternativa un fuero especial de juzgamiento de los parlamentarios por parte del Tribunal Supremo de Justicia (vid. JIMÉNEZ M., Rafael Simón. “La Inmunidad Parlamentaria en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Editorial Vadell Hermanos Editores, C.A., Caracas, Venezuela. 2011. págs. 58-59)

21 He considerado importante destacar aquí lo que ha expuesto el profesor HÉCTOR GROSS ESPIELL en defensa de la inmunidad parlamentaria: “Hoy está de moda –invocando la popular lucha contra la corrupción– estar contra las inmunidades parlamentarias. Cuidado. Un Parlamento independiente –independencia garantizada en parte por la inmunidad tradicional controlada de los Parlamentos– es una de las garantías esenciales de la Democracia.” (vid. GROS ESPIELL, Héctor. “La última Reforma Constitucional Francesa (Referendum, Sesiones Parlamentarias e Inmunidades Parlamentarias)”, Universidad Nacional de México (UNAM). pág. 204.)

sobre si se trata de una prerrogativa del Congreso o un derecho subjetivo del parlamentario.

En efecto, para la mayoría de la doctrina que hemos podido consultar, la inmunidad parlamentaria (entendida en su sentido estricto), consiste en

un privilegio concedido a la Cámara, no al Congresante. Se trata de una prerrogativa inherente a la función legislativa, creada en beneficio de las Cámaras, de la Constitución, de la Ley, de la Nación que los eligió para que elaboren la voluntad soberana de ésta, expresada en los actos del Congreso. Es *conditio sine qua non* del libre ejercicio del mandato legislativo. (...) <sup>22</sup>

En el mismo sentido, el profesor ORLANDO TOVAR, siguiendo a la doctrina italiana y la jurisprudencia norteamericana, ha sostenido que la inmunidad parlamentaria es una prerrogativa específica concedida al funcionario,

no en su interés personal, sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que no son renunciables y atribuyen a sus beneficiarios no derechos públicos subjetivos, sino simple intereses legítimos (...) La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica asienta que: *“these privileges are granted not with intention of procura the members agains prosecutions for the own benefict, but to support the rights of the people, by enabling their representatives to execute the functions of their office with thout (sic) fear of prosecution civil or criminal”*. La inmunidad actúa, no sobre el derecho sustantivo que es igual para el parlamentario y el resto de los ciudadanos. La inmunidad es sólo un enervamiento temporal del proceso. <sup>23</sup>

22 PRIETO FIGUEROA, LUIS B. *Las Inmunidades Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza*. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982, pág. 30

23 TOVAR, Orlando. *Derecho Parlamentario*. Publicaciones del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, Venezuela. 1973, pág. 63. En el mismo sentido, para el profesor LUIS BELTRÁN PRIETO FIGUEROA, la inmunidad, por ser una prerrogativa atribuida a la Cámara, no es renunciable por el parlamentario. Sobre este particular, ha señalado: “Por cuanto la inmunidad es una prerrogativa atribuida a la Cámara como hemos visto, no es renunciable por el parlamentario, que no puede renunciar a lo que no tiene. Cabe a cada Cámara separadamente, privar a sus miembros de la protección de que gozan como miembro

Y más adelante, agrega el citado autor lo siguiente: “En efecto, la inmunidad paraliza el proceso penal o la acción policial, funciona en la práctica como una excepción dilatoria y nada más”.<sup>24</sup>

Respecto del sistema parlamentario francés, ha señalado HÉCTOR GROS ESPIELL que la inmunidad parlamentaria se concibe como una institución integrante de la tradición constitucional republicana, no como un privilegio personal de los parlamentarios, que tiene por objeto “garantizar la independencia de los parlamentarios ante el Poder Ejecutivo, pero también ante los peligros –que no pueden olvidarse– que derivan de una actividad judicial que puede llegar a ser hoy, especialmente desbordada y peligrosa”.<sup>25</sup>

Por su parte, otro sector de la doctrina ha calificado a la inmunidad parlamentaria como un derecho subjetivo. Aquí es interesante destacar que, a diferencia de lo señalado por los profesores ORLANDO TOVAR y LUIS BELTRÁN PRIETO FIGUEROA, el filósofo alemán JURGEN HABERMAS ha considerado que la *inmunidad parlamentaria* debe considerarse un **derecho** cuya titularidad corresponde a la persona natural que ostenta el mandato representativo.<sup>26</sup>

En el mismo orden de ideas, el autor español ELOY GARCÍA, en su trabajo sobre “*Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos*”, le reconoce el carácter de *derecho*, cuando ha señalado con relación a ella lo siguiente:

(...) se entiende un derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud del cual se confiere a los representantes una cierta indemnidad respecto de las acciones judiciales que en su contra pudieran promover el gobierno o los particulares. Derecho a la indemnidad, en suma, que se concreta en forma diversa según se trate de la inviolabilidad o de la inmunidad stricto sensu”.<sup>27</sup>

---

de ellos para someterlos a la justicia ordinaria, en razón de los delitos de que se les acuse”. (vid. PRIETO FIGUEROA., Luis B. “Las Inmunidades Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza”. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982, pág. 31)

24 TOVAR, Orlando. “Derecho Parlamentario...” *opus. cit.* pág. 63.

25 GROS ESPIELL, Héctor. *La última Reforma Constitucional Francesa (Referendum, Sesiones Parlamentarias e Inmunidades Parlamentarias)*, Universidad Nacional de México (UNAM). pág. 201.

26 *vid.* GARCÍA LÓPEZ, Eloy. *Problemática de la Inmunidad Parlamentaria*. Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de México (UNAM). pág. 108.

27 *vid.* GARCÍA LÓPEZ, Eloy. *Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos*, Editorial

Así, en el caso de la inmunidad *stricto sensu*, ésta se concretaría mediante:

una autorización que, salvo el caso del flagrante delito, deberá emitir el Parlamento con carácter previo a todo arresto, detención, o encauzamiento judicial que pudiera desembocar en privación de la libertad para el diputado, autorización que según el común parecer doctrinal, no entra en el fondo del asunto, es decir, no conlleva aparejado un veredicto de culpabilidad o inocencia respecto de la conducta del diputado.<sup>28</sup>

En otras palabras, la inmunidad como derecho del funcionario investido de la condición parlamentaria, tendría un derecho que se traduce en la necesidad de obtener una autorización del Parlamento (o de la Cámara respectiva a la que pertenece en los sistemas bicamerales) que constituye una condición de carácter adjetivo (presupuesto procesal) para la instauración del proceso judicial en contra del mismo.

En nuestra opinión –y salvo un mayor análisis que pudiera hacerse con relación a la inmunidad parlamentaria y los distintos sistemas de gobierno en los que se reconoce–, podría sostenerse que ella constituye una institución propia del Derecho Constitucional del sistema republicano, indisolublemente ligada al carácter democrático y fiscalizador del Parlamento, que se traduce en un derecho a la indemnidad procesal (que no impunidad) de la persona investida con la condición de diputado o parlamentario, cuya finalidad (*telos*) es la protección y libre ejercicio del mandato recibido por el electorado. Debo destacar que los enfoques jurídicos que consideran la inmunidad como un derecho subjetivo asociado o derivado del mandato recibido del electorado, tienen una gran importancia en lo que se refiere a la definición de las garantías procesales que como el amparo constitucional o el habeas corpus, pudiera ejercer el parlamentario para la protección de ese derecho de naturaleza

---

Tecnos, Madrid, España. 1989, pág.64, citado por: LATORRE BOZA, Derik. “*Inmunidad Parlamentaria*”. Texto Digital disponible en la <http://www.teleley.com/articulos/art-inmunidad-parlamentaria.pdf>

28 *vid.* GARCÍA LÓPEZ, Eloy. “Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos...” *opus.cit.* pág.75.

constitucional,<sup>29</sup> e incluso, en relación con la posibilidad de renunciar a la inmunidad como prerrogativa.

### 3.2) Extensión Temporal de la Protección

Con relación a este particular, enseña la doctrina que la inmunidad como garantía constitucional de defensa del Parlamento y de sus miembros investidos de la condición de representantes, tiene un carácter temporal por encontrarse estrechamente asociada a la protección y ejercicio del mandato que le han conferido sus electores, el pueblo o la Nación.<sup>30</sup>

Así, ha destacado el profesor ORLANDO TOVAR que el comienzo de la inmunidad parlamentaria se puede situar en 3 momentos distintos: **(i)** Desde que se ha completado el depósito necesario de votos en las propias urnas electorales, ya que es desde este momento en que teóricamente el candidato ha sido electo; **(ii)** Desde el momento en que son incorporados al servicio efectivo de su mandato; y **(iii)** Desde la fecha de la proclamación de la investidura parlamentaria por los organismos electorales.<sup>31</sup> Según el autor en cuestión, el criterio de la proclamación fue el adoptado en la Constitución de 1961, en cuyo artículo 143, parágrafo primero, se estableció lo siguiente:

Los Senadores y Diputados gozarán de inmunidad desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal

---

29 Una muestra de lo que aquí afirmamos, puede encontrarse en el *recurso de amparo* y de *habeas corpus* que ejerció el diputado Miguel Ángel Capriles en el año de 1971, contra el auto de detención dictado por el Juez Militar de Primera Instancia Permanente de Caracas, por medio de lo cual, sin cumplir los procedimientos de antejuicio constitucional y allanamiento de la inmunidad parlamentaria, se pretendió privarlo de la libertad, justificando lo anterior en la supuesta revelación de secretos militares tipificada penalmente en el Código de Justicia Militar. Un exhaustivo estudio y relación de los documentos referidos a este caso, puede ser consultado en: SIERRALTA, Morris. "Habeas Corpus e Inmunidad Parlamentaria-Caso Miguel Ángel Capriles". Ediciones Fabretón, Caracas, Venezuela. 1973.

30 "La inmunidad es temporal a diferencia de la irresponsabilidad". (*vid.* TOVAR, Orlando. *Derecho Parlamentario*. Publicaciones del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, Venezuela. 1973, pág. 37.)

31 TOVAR, Orlando. "Derecho Parlamentario..." *opus.cit.* pág. 64.

o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones (...).<sup>32</sup>  
(Destacado nuestro).

En nuestra opinión y con base en la revisión de los antecedentes normativos, el criterio de la proclamación fue también el adoptado por el constituyente de 1999, al establecer claramente lo siguiente: “Artículo 200: Los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo (...).” (Destacado nuestro). Ciertamente, en defensa de tan justificado y razonable parámetro para el *inicio* de la inmunidad parlamentaria, puede traerse a colación lo señalado por la doctrina:

La inmunidad propiamente dicha entraña que el parlamentario no sea sometido a medidas represivas limitadoras de su libertad personal por los presuntos comportamientos fuera del ejercicio de sus funciones públicas; protege a los parlamentarios por actos ajenos a su función propiamente parlamentaria. Se discute en la doctrina si es que la comisión de los delitos imputados al parlamentario debe circunscribirse al período de su mandato o si incluye a aquellos cometidos con anterioridad. Lo más lógico resulta considerar el último criterio, pues la persecución política podría valerse de denuncias anteriores a la asunción del mandato.<sup>33</sup>

En el mismo sentido, el autor HERNÁN ESQUIVEL SALAS, al comentar el régimen constitucional aplicable a la inmunidad parlamentaria en la República de Costa Rica, ha señalado lo siguiente:

Esta inmunidad protege al representante contra las acusaciones que puedan llevarse a cabo contra él por hechos distintos a los protegidos por la irresponsabilidad (...). Está regulado tal concepto, en el artículo 110, párrafo II de nuestra Constitución Política: ‘Desde que sea declarado electo propietario o suplente hasta que termine su período legal, no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Esta inmunidad no surte efecto en el caso de flagrante delito, o cuando el diputado la renuncie. Sin embargo, el diputado que haya sido detenido

32 Artículo 143 de la Constitución de la República de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 662 Extraordinaria de fecha 23 de enero de 1961.

33 LATORRE BOZA, Derik. “Inmunidad Parlamentaria...opus.cit. pág.2.

por flagrante delito será puesto en libertad si la Asamblea lo ordenare.<sup>34</sup>  
(Destacado nuestro)

Igual parámetro para definir el inicio de la inmunidad parlamentaria ha sido reconocido en otras Constituciones como las de Argentina y la de Chile, que mencionaremos a título de ejemplo. En efecto, en la Constitución de la Nación Argentina de 1994, actualmente vigente, se estableció en su artículo 69, lo siguiente:

Ningún senador o diputado, ***desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado***; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte; infamante u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho”.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 58 de la Constitución de Chile ha establecido la inmunidad en los siguientes términos:

Ningún diputado o senador, desde el día de su elección, o designación, o desde el día de su incorporación, según el caso puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación, declarando haber con lugar a la formación de la causa. De esta resolución sólo podrá apelarse ante la Corte Suprema”. (Destacado nuestro)

Así, con base en lo expuesto, la pretensión de los Poderes Públicos, cualquiera que ellos sean, de aplicar un criterio diferente al claramente establecido en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para definir el inicio de la inmunidad parlamentaria, basándose incluso para ello en una cuestionable interpretación de la voluntad del constituyente,<sup>35</sup> no solamente constituye un desconocimiento del

---

34 ESQUIVEL SALAS, Hernán. “La Inmunidad Parlamentaria”. *Revista de Ciencias Penales. Costa Rica*. pág.8.

Texto digital disponible en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2002/esquivel02.htm>

35 Sobre la interpretación de la Constitución en esta materia, debemos destacar que precisamente en una sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de marzo de 2010, en la que se abordó el problema de la *inmunidad parlamentaria ante los delitos flagrantes* (caso: Wilmer José Azuaje Cordero), se

valor normativo directo e inmediato de las disposiciones constitucionales en lo concerniente al estatuto jurídico del parlamentario, sino también del respeto que, en una auténtica democracia, debe existir con relación al mandato que ha recibido el diputado de su electorado.

Por último, queremos destacar que, en nuestro país, un valioso precedente de respeto al valor normativo de la Constitución en lo referido al criterio adoptado para definir el inicio de la inmunidad parlamentaria, tuvo lugar en el año de 1979, cuando los diputados detenidos SALOM MEZA ESPINOSA y DAVID NIEVES BANCHS, quienes previamente habían sido allanados en su inmunidad por la presunta comisión del delito de rebelión, fueron reelegidos para el período 1979-1984. Con ocasión de dicha reelección, el Fiscal General de la República sostuvo en escrito dirigido a la Corte Suprema de Justicia que, conforme el artículo 143 de la Constitución de 1961,

los parlamentarios no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual, si un Senador o Diputado, estuviera detenido o sometido a juicio plenario penal para el momento de su proclamación, actuaría entonces la prerrogativa funcional establecida por la Constitución con las correspondientes consecuencias: ‘no podrá ser detenido’, ‘ni podrá ser enjuiciado’, lo que involucra que, por fuerza de la Constitución, el juicio penal que obre contra él debe ser paralizado y ser puesto en libertad ya se trate de un juicio común o de un juicio penal militar.<sup>36</sup> (Destacado nuestro)

Posteriormente, en fecha 22 de febrero de 1979, la Corte Marcial, al conocer el recurso de apelación contra la decisión del Consejo Permanente de Guerra del Distrito Federal, revocó la decisión que había ordenando

---

señaló en un voto salvado del Magistrado Levis Ignacio Zerpa, lo siguiente: “Así debe precisarse, como en otras ocasiones hemos expresado, que una cosa es interpretar el contenido y alcance del texto constitucional, y otra muy distinta es forzar las aparentes interpretaciones de los artículos y extenderlos o restringirlos a desaplicaciones o modificaciones de la Constitución, ya que dicho poder de modificar o cambiar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no es competencia del Tribunal Supremo de Justicia, en ninguna de sus siete Salas; tal poder sólo corresponde, así lo creemos, al pueblo de Venezuela, quien puede ejercerlo a través de los mecanismos previstos en el propio texto constitucional, a saber: enmienda, reforma y Asamblea Nacional Constituyente”. (Subrayado nuestro).

36 *vid.* PRIETO FIGUEROA., Luis B. *Las Inmunidades Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza*. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982, págs. 137 y 138.

la detención, y ordenó –de inmediato– se librarán las correspondientes boletas de excarcelación.

### 3.3) ÁMBITO MATERIAL DE LA PROTECCIÓN:

Debe reconocerse, tal como ha señalado la doctrina, que

Los efectos de la aplicación de la inmunidad parlamentaria son un quiebre o una suspensión de la actividad jurisdiccional frente a una situación concreta. Es un supuesto jurídico que entraña una suerte de sustracción de una materia determinada del ámbito jurisdiccional de manera temporal, por lo mismo que resulta aconsejable utilizar, restrictivamente la inmunidad, limitándola a los procedimientos judiciales que puedan ocasionar la privación de la libertad de los parlamentarios y aplicándola, por tanto, sólo a las causas penales.<sup>37</sup> (Destacado nuestro).

Teniendo en cuenta lo anterior y con fundamento en la investigación realizada, podemos sostener que la inmunidad extiende su protección sobre el parlamentario en relación con los hechos punibles que le sean imputados, cuando su naturaleza administrativa, política, fiscal, penal o militar, puedan implicar la aplicación de medidas o sanciones privativas o limitativas de la libertad. Es un dato interesante destacar que, en cuanto se refiere a los juicios civiles, en virtud de su naturaleza y eventuales consecuencias, así como al haber quedado suprimida la prisión por deudas, se ha sostenido que en relación con los juicios civiles, ha perdido transcendencia la extensión a ellos de la inmunidad parlamentaria.<sup>38</sup>

No obstante lo anterior, el profesor LUIS BELTRÁN PRIETO FIGUEROA, parece sostener una posición contraria en cuanto se refiere a los juicios civiles, ya que sostiene que la operatividad de la inmunidad parlamentaria implicaría que no corriera la prescripción penal o civil en contra de quien no puede actuar judicialmente contra el parlamentario. En su opinión:

---

37 ABELLÁN, Ángel. *El Estatuto de los Parlamentarios y los Derechos Fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, España. 1992. págs.15-16, citado por: LATORRE BOZA, Derik. "Inmunidad Parlamentaria..." *opus. cit.* pág. 3.

38 Ejemplo de lo aquí afirmado: sería cuestionable o por lo menos discutible que un diputado, amparándose en la inmunidad parlamentaria, no acuda a un proceso judicial en materia de familia en el cual se estén ventilando aspectos relacionados con el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores o la partición de una herencia entre hermanos.

La tradición constitucional venezolana se expresa en disposiciones constantes que ordenan la suspensión de todo procedimiento criminal o civil durante la inmunidad (...) (Constituciones de 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1936 y 1945). La Constitución vigente [se refiere a la de 1961] no hace referencia a esa paralización del juicio, que interrumpe o suspende los lapsos procesales, porque se juzgó innecesario expresarlo, pero ello debe darse por sentado y tal fue la intención del constituyente y de los miembros de la Comisión que redactó el proyecto, entre los cuales figura nuestro nombre, así como el del doctor Ambrosio Oropeza.<sup>39</sup>

### **3.4) EL ALLANAMIENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y LA POSIBILIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL POR UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

No podemos culminar esta sección de nuestro análisis, sin referirnos a algunos aspectos esenciales del allanamiento de la inmunidad parlamentaria.

Como regla general, para el allanamiento de la inmunidad parlamentaria se requiere la autorización del Parlamento o de la Cámara respectiva a la cual pertenece el diputado (en los sistemas bicamerales), la cual constituye una condición de procedibilidad *sui generis* (presupuesto procesal) para el enjuiciamiento judicial del diputado.<sup>40</sup> En el mismo orden de ideas, se ha señalado que

la autorización para proceder es el acto en el cual la autoridad competente, en los casos previstos por la ley, declara que consciente la prosecución de la acción penal, removiendo el obstáculo a ella puesto por una particular disposición de la ley. Es evidente, que de

---

39 *vid.* PRIETO FIGUEROA., Luis B. *Las Inmunidades Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza*. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982, pág. 58. No obstante, en otra parte de la misma obra, el autor citado, ha destacado que en algunas Constituciones se establece expresamente la prohibición de persecución de los congresantes, no sólo por causas penales, sino también civiles, y añade: “Las anteriores Constituciones de Venezuela prohibían, durante el tiempo de las sesiones del Congreso, o sea noventa días, y treinta días antes y treinta días después, el enjuiciamiento de un congresantes por asuntos civiles o penales. La Constitución vigente es más que razonable y está dentro de la norma general admitida que establece la inmunidad sólo por causas penales y durante todo el tiempo del mandato” (Cfr. PRIETO FIGUEROA., Luis B. “Las Inmunidades Parlamentarias...” *opus.cit.* pág. 43)

40 LATORRE BOZA, Derik. “Inmunidad Parlamentaria...” *opus. cit.* pág. 2.

lo anterior, se desprende que esta es la naturaleza de la inviolabilidad [inmunidad] parlamentaria, en razón de una condición del sujeto activo. En el caso que nos ocupa, tal particular condición se refiere lógicamente a la calidad de diputado o representante de los intereses generales de una comunidad ante la Asamblea Legislativa. Es imprescindible entonces la presencia del desafuero, o levantamiento de la inmunidad, para proseguir con el posible proceso incoado contra el legislador”.<sup>41</sup> (Interpolado nuestro)

Ahora bien, la doctrina destaca que existe un criterio orientador fundamental que debe ser considerado cuando se analiza la posibilidad de allanar la inmunidad parlamentaria que ostenta un diputado: “la Cámara debe comprobar exclusivamente si tras la acusación se esconde algún motivo político o partidista contra el parlamentario; si no hay un eventual carácter político tras la acusación, la Cámara debe acceder a la solicitud el órgano jurisdiccional”.<sup>42</sup> En otras palabras, el Parlamento o *Cámara debe constatar la ausencia de lo que se ha denominado como el fumus persecutionis* (humo de persecución política).

Precisado lo anterior, nos ha surgido la siguiente interrogante: en el supuesto de que aún existiendo el trasfondo de una persecución política, se allane la inmunidad parlamentaria de un diputado, puede éste solicitar la revisión de dicha decisión ante un Tribunal o Sala Constitucional...? Para responder a esta interrogante, debemos advertir que un sector de la doctrina ha sostenido el *carácter irrevisable* de la autorización (allanamiento) o negativa de autorización para el enjuiciamiento de los diputados. En Colombia, el autor JOSÉ MANUEL GÓMEZ SARMIENTO, ha destacado con relación a este particular lo siguiente:

El acto con el que se levanta o niega levantar la inmunidad es un acto de control político de carácter constitucional y emitido por las Cámaras en ejercicio de la potestad política, potestad que les ha sido otorgada por la Constitución y que por ser un acto político, contra él no procede ningún recurso: ni el de reposición, ni el de apelación y ni siquiera el de revisión; es un acto en el la Cámara decide en forma discrecional”.<sup>43</sup>

---

41 ESQUIVEL SALAS, Hernán. “*La Inmunidad Parlamentaria...*” *opus.cit.* pág.8.

42 LATORRE BOZA, Derik. “*Inmunidad Parlamentaria...*” *opus. cit.* pág. 3.

43 GÓMEZ SARMIENTO, José Manuel. “La Inmunidad Parlamentaria en Colombia”.Bogotá, PUJ, págs.145-149, citado por LATORRE BOZA, Derik. “*Inmunidad Parlamentaria...*” *opus.cit.* pág. 6

En nuestra opinión, no obstante que la doctrina que hemos podido consultar considera que la decisión de allanar o no la inmunidad parlamentaria, se ha calificado como un *acto esencialmente político*, aparentemente excluido del control jurisdiccional, nosotros creemos que podría un Tribunal Constitucional o Sala Constitucional conocer de la revisión de una decisión como la que analizamos (de allanamiento de la inmunidad), ya que, la pretendida textura política de un asunto que la propia Constitución ha considerado de vital importancia para la existencia y funcionamiento del Parlamento, así como para la protección y libre ejercicio del mandato parlamentario, queda sujeta por esa misma razón, a la necesidad de un control jurídico.

Iguales consideraciones, en determinados casos, podrían ser aplicables al supuesto contrario, esto es, al caso en el cual, no obstante estar ausente un trasfondo de persecución o retaliación política, existen justificadas razones que harían procedente el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y no obstante ello, se niega. Queremos referirnos aquí al caso en el cual, un diputado pudiera ser imputado de la comisión de la violación de derechos humanos y, no obstante existir méritos para su enjuiciamiento, el Parlamento o la Cámara respectiva a la que pertenece, niega la autorización para su procesamiento judicial. En el caso hipotético que analizamos, podría justificarse el carácter irreversible de la medida en la supuesta naturaleza política de la decisión del Parlamento...? El artículo 29 de nuestra Constitución establece expresamente que el Estado se encuentra en la obligación de investigar y sancionar las violaciones contra derechos humanos cometidos por sus autoridades, caso en el cual, sólo quiero destacar por ahora, que –en adelante– el estudio y análisis de los aspectos relacionados con la existencia y funcionamiento de la inmunidad parlamentaria, incluyendo su allanamiento, también deberá realizarse a la luz del Derecho de los Derechos Humanos.<sup>44</sup> En todo caso, es importante advertir que, en el supuesto que analizamos, no obstante que se considere a un diputado como amparado por inmunidad tributaria, si se le imputa la violación de Derechos Humanos, las jurisdicciones de otros Estados

---

44 Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la inmunidad parlamentaria que, por su condición de ex jefe de Estado, fue invocada en sucesivas ocasiones por el General chileno Augusto Pinochet, con ocasión de los procesos judiciales que fueron seguidos contra su persona por la presunta comisión de violaciones de derechos humanos durante su dictadura en el período 1973-1990.

podieran iniciar los procesos judiciales dirigidos a la comprobación de los hechos, la determinación de los responsables y la imposición de las sanciones respectivas, conforme al principio de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.

#### **IV.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN MATERIA DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA. ANÁLISIS CRÍTICO**

Precisadas las ideas anteriores que hemos querido reivindicar en su justo valor como patrimonio del Estado de Constitucional de Derecho y de la democracia y, por ende, como criterios orientadores de la labor de interpretación y aplicación del Derecho por parte del Poder Judicial en relación con las prerrogativas parlamentarias, a continuación tenemos a bien analizar las siguientes decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en materia de inmunidad parlamentaria (en su sentido estricto):

##### **4.1) Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 07 de abril de 2010, caso: *Wilmer José Azuaje Cordero*.**

- i) En primer lugar, debemos destacar que en la motivación de la sentencia, la Sala Plena reconoció expresamente que “no existen diferencias sustanciales entre las figuras del antejuicio de mérito y el allanamiento de la inmunidad parlamentaria entre los textos constitucionales de 1961 y 1999”. Con fundamento en lo anterior, sostuvo que con relación a los delitos flagrantes cometidos por los Diputados (como sucedió en el caso concreto), debía considerarse actualmente vigentes los criterios jurisprudenciales de la entonces Corte Suprema de Justicia en el sentido de que, en tal supuesto de flagrancia, no es ni pertinente ni necesario el antejuicio de mérito de los parlamentarios.
- ii) En segundo lugar, señaló que a diferencia de lo previsto en la Constitución de 1961, en casos de delitos flagrantes cometidos por Diputados de la Asamblea Nacional, corresponde a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia decidir lo que juzgue conveniente sobre la libertad del detenido, y remitir la causa al tribunal de instancia competente para su procesamiento por tratarse de delitos comunes, previo allanamiento de la inmunidad parlamentaria, todo ello con fundamento en lo previsto en el artículo 200 de la Constitución y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (publicada en Gaceta Oficial Nro. 37.942

del 20 de mayo de 2004, vigente para el momento de la emisión del fallo que analizamos).

En relación con la sentencia en cuestión, debemos destacar lo siguiente:

- (a) En nuestra opinión y con fundamento en lo previsto en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución, el antejuicio de mérito procede en todo caso, aún en los supuestos de delitos flagrantes que se puedan imputar a un Diputado de la Asamblea Nacional, ya que la Constitución no distingue ni ha establecido excepción alguna al respecto. En ese orden de ideas, consideramos que, precisamente, con mayor razón en aras de la seguridad jurídica, los supuestos de presuntos delitos flagrantes que puedan imputarse a los Diputados, exigen en respeto de la institución Parlamentaria y del ejercicio de la función del Diputado, un análisis exhaustivo por parte del Tribunal Supremo de Justicia sobre si se encuentran cumplidos los extremos que el Derecho Penal han establecido para considerar configurado un delito flagrante (más allá de las afirmaciones formuladas por la fuerza policial), pues, en caso contrario, de no ser flagrante el delito, se podría privar de inmediato la libertad del Diputado siendo ello improcedente, lo cual, dejaría sin efecto la inmunidad parlamentaria entendida como inmunidad contra el arresto.
- b) En segundo lugar, en nuestra opinión, con fundamento en lo establecido en el artículo 200 de la Constitución, existe una competencia exclusiva a favor del Tribunal Supremo de Justicia para procesar judicialmente a los Diputados,<sup>45</sup> la cual fue dispuesta por el propio constituyente. Pretender actuar en sentido contrario o distinto a dicha disposición, es desconocer el carácter supremo y normativo de la referida disposición constitucional, sometiendo el conocimiento del asunto a un Tribunal (el de primera instancia) distinto del *Juez Natural* que ha definido previamente la Constitución y respecto del cual se tiene derecho como parte integrante del debido proceso del diputado, por cuanto, el Tribunal Supremo de Justicia será la única autoridad “que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento” (Artículo 200 de la Constitución).

---

45 Aquí debo resaltar la problemática que puede generar esta regulación examinada a la luz del derecho a la doble instancia judicial, como contenido del derecho humano al debido proceso y al derecho a la defensa en materia penal.

#### 4.2) Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de octubre de 2010, caso: *Biagio Pilleri Gianinnoto*

i) En primer lugar, no obstante que en el fallo que analizamos en la sección 4.1) anterior, se había establecido que no existían “diferencias sustanciales entre las figuras del antejuicio de mérito y el allanamiento de la inmunidad parlamentaria entre los textos constitucionales de 1961 y 1999”, ahora la Sala Plena abandona su criterio y establece lo siguiente:

(...) la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa (...) De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección el sustantivo y no el adjetivo o procesal. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o confinamiento para el momento de la proclamación (...) (Destacado nuestro).

ii) Con fundamento en lo anterior, la Sala también sostiene que la inmunidad parlamentaria “sólo puede existir en función del cuerpo legislativo al cual dicha persona pertenezca, siempre y cuando se encuentre efectivamente instalado”, razón por la cual, más adelante añadió lo siguiente:

Así las cosas mal puede amparar la inmunidad al parlamentario por la comisión de delitos cuya persecución se haya iniciado con anterioridad a su proclamación, en el entendido de que tal momento tiene lugar una vez que hayan sido satisfechos los extremos previstos en los artículos 153 al 155, ambos inclusive de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

iii) En tercer lugar, en criterio de la Sala Plena:

(...) lógico es deducir que para que el diputado electo pueda gozar de tal prerrogativa, que como tal es de naturaleza restrictiva por violentar el principio de igualdad, el cuerpo al cual pertenezca debe existir o estar en funcionamiento. Ello, por cuanto resultaría inconcebible que se concedan prerrogativas como la inmunidad sin que exista la posibilidad de que la misma sea allanada, pues ello promovería una total impunidad en caso de que se configurara una conducta delictiva (...) (Subrayado nuestro).

Precisado lo anterior, consideramos conveniente observar que, conforme al nuevo criterio adoptado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el cual no compartimos por apartarse de lo previsto claramente en el artículo 200 de la Constitución y de su auténtica *ratio*, el inicio de la inmunidad parlamentaria supondría la instalación y funcionamiento de la Asamblea Nacional, a cuyo acto de instalación, además, el diputado electo debe asistir y juramentarse, pues de lo contrario, no quedaría investido de la inmunidad parlamentaria.

Estos requisitos concurrentes a los cuales se pretende sujetar el inicio de la inmunidad parlamentaria, son evidentemente contrarios a la disposición constitucional que determina sus efectos *ope legis* a partir de la “proclamación” del Diputado, esto es, desde el mismo momento en que el Consejo Supremo Electoral “proclama” a un determinado ciudadano como elegido por el electorado para el ejercicio de la función parlamentaria, en cuya persona ha depositado a su vez el mandato de representar al pueblo o Nación en la defensa y custodia de sus intereses.

La gravedad de lo expuesto, ha sido vislumbrada en el voto salvado del Magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO, quien señaló lo siguiente:

(...) La inmunidad parlamentaria se trata de una prerrogativa autorizada por la Carta Fundamental, y como tal constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de estos delitos. Sustraer del fuero de la justicia penal a los miembros del parlamento. Protege la seguridad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

Esa fue la intención del constituyente cuando en la exposición de motivos de la Carta Fundamental expresa que la inmunidad parlamentaria se consagró como una garantía del ejercicio autónomo de las funciones legislativas respecto de los otros poderes y como garantía para el mejor y efectivo cumplimiento de la función parlamentaria. Indica claramente que la inmunidad sólo está referida al ejercicio de las funciones parlamentarias “desde el momento de la proclamación por parte del órgano electoral competente hasta la conclusión del mandato”; y por último señala que su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos ocasiona sanciones de naturaleza penal que el legislador deberá establecer en la ley correspondiente.

En todo caso si el constituyente hubiese querido que los diputados tuvieran inmunidad sólo a partir del momento en que pasaran a

cumplir efectivamente sus funciones, no haría ninguna referencia al acto de proclamación; pero al hacerlo, está confiriendo una protección anticipada al órgano, pues habiendo certeza desde la proclamación, de quienes conformarán el poder legislativo, se pudieran intentar medidas judiciales en contra del diputado y así afectar la conformación de ese cuerpo.

Así, el voto salvado que hemos transcrito parcialmente, ha advertido que la adopción del criterio de la Sala Plena, contrario a la intención del constituyente recogida en el artículo 200 de la Constitución, permitiría, tal como lo expusimos anteriormente en el presente trabajo, el inicio de acciones o persecuciones judiciales que podrían impedir al Diputado investido del mandato parlamentario, incorporarse a la Asamblea Nacional para el ejercicio de sus funciones, en desmedro de la institución constitucional del Parlamento, pudiendo afectarse con ello, incluso, su funcionamiento y composición.<sup>46</sup>

Desde otra óptica que hemos querido destacar, el magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO destacó, en su voto salvado, lo siguiente:

(...) En último lugar es importante resaltar la voluntad del pueblo que es el que ejerce y tiene la soberanía. En este sentido cabe preguntarse ¿Hasta qué punto puede una decisión judicial revocar o violar el mandato del pueblo que es el recipiendario de la soberanía?

La soberanía es el ejercicio de la voluntad general. El soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido, pero no la voluntad. La voluntad es general o no lo es. Es la parte del pueblo o solamente una parte de él. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía; en el segundo, no es sino una voluntad particular.

Es un hecho notorio y comunicacional, las elecciones efectuadas el

---

46 Aquí cabe recordar e insistir en lo siguiente: “Como es sobradamente conocido, la posición de nuestra jurisprudencia en relación con el instituto de la inmunidad es la siguiente: se trata de una < prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que pueden desembocar en privación de la libertad, evitando que por manipulaciones políticas se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras, y a consecuencia de ello se altere su composición y funcionamiento (Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985)” (Destacado nuestro) (vid. FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Fernando. “El Juez Natural de los Parlamentarios”. Editorial Civitas, Madrid, España. 2000. pág.19)

pasado 26 de septiembre en nuestro país. Por ello estimo que, siendo la soberanía uno de los elementos más representativos del Poder del Estado, y es el pueblo, quien lo detenta y ejerce por medio de los órganos destinados para tal fin, el resultado de dicha elección con relación al diputado electo en el presente caso para la Asamblea Nacional, se estaría viendo mermada con la decisión que antecede, toda vez que, dicho fallo, una vez que interpretó la norma constitucional que consagra la inmunidad parlamentaria resolvió que la misma procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, y no desde la proclamación, lo cual conllevó a la continuación del juicio ya iniciado en el caso del ciudadano Biagio Pileri Gianninoto, con un futuro incierto hasta el inicio del ejercicio de su función como parlamentario, enervando así una decisión emitida por el pueblo, en un acto de soberanía, como lo es el ejercicio del voto. (...) (Destacado nuestro).

#### **4.3) Sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 05 de abril de 2011, caso: *Freddy José Curupe Mogua*.**

i) En el fallo aquí referido, se estableció que:

(...) la sentencia número 59 del 26 de octubre de 2010, publicada el 9 de noviembre de 2010 dictada por la Sala Plena de este máximo tribunal, señala que “hay prerrogativa en tanto se ejerza la función” y “cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal”, porque lo que priva es una concepción de la inmunidad como garantía del buen funcionamiento de la Asamblea Nacional “en vez de ser una garantía de la libertad del parlamentario (...)”. (Destacado nuestro).

ii) Con fundamento del criterio así reiterado, la sentencia adoptó la siguiente conclusión:

(...) Dado que, como ya se ha dejado sentado, la inmunidad parlamentaria la detentan única y exclusivamente las personas que estén en el ejercicio actual de cargos y está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, es evidente que el ciudadano Freddy José Curupe Mongua, al ser electo Diputado Suplente, no goza en términos generales de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria. (...) (Destacado nuestro).

iii) Por último, para justificar la inexistencia de la inmunidad parlamentaria con relación a aquellos Diputados Suplentes que hayan sido elegidos, la Sala Plena también señaló lo que transcribimos a continuación:

(...) En definitiva, el proceso penal que se le sigue al ciudadano Freddy José Curupe Mongua por la presunta comisión de hechos delictuales se inició antes de su elección como Diputado Suplente de la Asamblea Nacional, por lo que, si bien fue proclamado, por su propia condición de suplente no se encuentra en ejercicio del cargo, en razón de lo cual, siguiendo el razonamiento antes expuesto, no goza de inmunidad parlamentaria, de manera que el proceso penal iniciado debe continuar su curso (...) (Destacado nuestro).

En virtud del fallo aquí transcrito, ha quedado también establecido como *criterio jurisprudencial* que los Diputados Suplementes tampoco gozan de la inmunidad parlamentaria hasta tanto se encuentren efectivamente incorporados en el ejercicio del cargo. Si bien existen argumentos jurídicos para admitir tal postura, considero que las razones que hemos expuesto al inicio del presente trabajo de investigación, harían aconsejable la revisión del criterio asumido por la Sala Plena con relación a la inmunidad parlamentaria de los Diputados Suplentes. En efecto, en cualquier momento y por razones muy diversas, estos funcionarios también elegidos democráticamente como mandatarios del electorado, pueblo o Nación, pueden encontrarse en el *deber* de incorporarse de inmediato en el ejercicio efectivo de la función parlamentaria en sustitución del Diputado Principal, por lo que, brindarles la protección propia de la inmunidad desde el momento en que se inicien sus funciones en el Parlamento o Cámara respectiva, también pudiera ser considerado, en mi opinión, una excepción que no encuentra justificación en el artículo 200 de la Constitución, el cual, no distingue si el diputado elegido es principal o suplente a los fines de quedar comprendido en el supuesto que lo hace acreedor de la inmunidad desde el mismo acto de su “proclamación”.

## **V.-CONCLUSIONES**

(i) En el proceso de consolidación política y jurídica del Parlamento como institución constitucional –iniciada a partir del siglo XVII– durante el Estado Liberal Burgués y, posteriormente, afianzada en forma progresiva con el surgimiento del Estado de Derecho moderno, respecto

del cual se pretende –en la actualidad– su conducción como “Estado Constitucional Democrático”, el Parlamento, no ha estado exento de riesgos y amenazas en lo referido a su existencia y funcionamiento, ni tampoco sus miembros se han visto librados de determinados abusos y atropellos cometidos por los otros poderes del Estado dirigidos a afectar el desempeño de los deberes que le son inherentes a los parlamentarios.

- (ii) Lo anterior, justificó desde sus inicios, la necesidad de proteger a la institución parlamentaria, encarnada en sus miembros, con dos importantes prerrogativas denominadas: *freedom of speech* y *freedom of arrest*, justificadas precisamente en la naturaleza representativa, contralora y deliberativa del Parlamento, y en su condición constitucional –desde un punto de vista orgánico– como una de las principales fuentes del Derecho que actúa a través de la ley.
- (iii) Por ello, considero que las prerrogativas parlamentarias son auténticas garantías constitucionales reconocidas por el Derecho Constitucional al parlamentario y que conforman parte de su estatuto como funcionario público, siendo esas garantías reconocidas a su persona en su calidad de representante o mandatario de los electores (o la Nación), razón por la cual, en mi opinión, no sólo a través de ella se le protege como miembro que conforma la institución del Parlamento, sino también, resultan ser esenciales al régimen democrático y condición sine qua non para el adecuado y pleno desenvolvimiento de las funciones representativas, contraloras y fiscalizadoras del Parlamento.
- (iv) En nuestra opinión y con base en la revisión de los antecedentes normativos que hemos realizado, el criterio de la proclamación fue el adoptado la Constitución de 1999 para definir el inicio de la inmunidad parlamentaria. Así, la pretensión de los Poderes Públicos, cualquiera que ellos sean, de aplicar un criterio diferente al claramente establecido en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para definir el inicio de la inmunidad parlamentaria, basándose incluso para ello en una cuestionable interpretación de la voluntad del constituyente, no solamente constituye un desconocimiento del valor normativo directo e inmediato de las disposiciones constitucionales en lo concerniente al estatuto jurídico del parlamentario, sino también del respeto que, en una auténtica democracia, debe existir con relación al mandato que ha recibido el diputado de

su electorado.

- (v) Conforme al criterio adoptado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el cual no compartimos por apartarse de lo previsto claramente en el artículo 200 de la Constitución y de su auténtica *ratio*, el inicio de la inmunidad parlamentaria supondría la instalación y funcionamiento de la Asamblea Nacional, a cuyo acto de instalación, además, el diputado electo debe asistir, pues de lo contrario, no quedaría investido de la inmunidad parlamentaria. En nuestro criterio, estos requisitos concurrentes a los cuales se pretende sujetar el inicio de la inmunidad parlamentaria, son evidentemente contrarios a la disposición constitucional que determina sus efectos *ope legis* a partir de la “proclamación” del Diputado, esto es, desde el mismo momento en que el Consejo Supremo Electoral “proclama” a un determinado ciudadano como elegido por el electorado para el ejercicio de la función parlamentaria, en cuya persona ha depositado a su vez el mandato de representar al pueblo o Nación en la defensa y custodia de sus intereses.

## **VI.-BIBLIOGRAFÍA Y TEXTOS CONSULTADOS:**

- ALEXY, ROBERT. “La Institución de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático”. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1998.
- ARRIETA, Raúl. “El Préstamo Constitucional”, artículo publicado en: “III Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal”. Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela (UCV), Ediciones Homero, Caracas. 2010.
- BERLIN VALENZUELA, Francisco. *Derecho Parlamentario*. Fondo de Cultura Económica, Sexta Reimpresión, México D.F., México. 2006.
- BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Fondo de Cultura Económica. Quinta Reimpresión, México, 2008.
- BREWER CARÍAS, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*. Editado por la Universidad Católica del Táchira y el Centro de Estudios Constitucionales de España, Madrid. España. 1985.

- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. “*Los Agreements of People y los Levellers: La lucha por un Nuevo Modelo Político en la Inglaterra de Medios del Siglo XVII*”. *Revista Electrónica de Derecho Constitucional* Nro. 9, 2008.  
[http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/194/  
El origen del Parlamento ingles.pdf](http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/194/El_origen_del_Parlamento_ingles.pdf)
- ESCARRÁ, Carlos y otros. “Informe de la Comisión Especial de Inmunidad Parlamentaria”. Comisión Especial de Inmunidad Parlamentaria de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Texto Publicado en el Diario El Nacional de fecha 03 de febrero de 2011.
- ESQUIVEL SALAS, Hernán. “La Inmunidad Parlamentaria”. *Revista de Ciencias Penales*. Costa Rica. Texto digital disponible en  
<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2002/esquivel02.htm>
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, FERNANDO. “El Juez Natural de los Parlamentarios”. Editorial Civitas, Madrid. España. 2000.
- GARCÍA LÓPEZ, Eloy. “La Problemática Jurídico Política de la Inmunidad Parlamentaria”. Texto en digital disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Nacional de México (UNAM).  
[http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/  
DerechoComparado/64/art/art4.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/64/art/art4.pdf)
- GROSS ESPIELL, Héctor. “La última Reforma Constitucional Francesa (Referéndum, Sesiones Parlamentarias e Inmunidades Parlamentarias)”, Universidad Nacional de México (UNAM).  
[http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/  
cont/205/tyo/tyo10.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/205/tyo/tyo10.pdf)
- JIMÉNEZ M., Rafael Simón. *La Inmunidad Parlamentaria en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Editorial Vadell Hermanos Editores, C.A., Caracas, Venezuela. 2011.
- LATORRE BOZA, Derik. “Inmunidad Parlamentaria”. Texto Digital disponible en la [http://www.teleley.com/articulos/art-inmunidad-  
parlamentaria.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art-inmunidad-parlamentaria.pdf)
- PRIETO FIGUEROA., Luis B. *Las Inmunidades Parlamentarias y el caso Salom Mesa Espinoza*. Editorial Arte, Caracas, Venezuela. 1982.

- SIERRAALTA, Morris. *Habeas Corpus e Inmunidad Parlamentaria-Caso Miguel Ángel Capriles*. Ediciones Fabretón, Caracas, Venezuela. 1973.
- SIEYES, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios*. Editorial Alianza, Madrid, España. 1989.
- SOSA CHACIN, Jorge. *Teoría General de la Ley Penal*. Editorial Liber, Caracas, Venezuela. 2000.
- TOVAR, Orlando. *Derecho Parlamentario*. Publicaciones del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, Venezuela. 1973.

# **El nacimiento de un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. Una aproximación a su origen**

Eligio Rodríguez Marcano\*

## RESUMEN:

La influencia de la informática permite hablar de nuevos derechos fundamentales. Uno de ellos es el derecho a la protección de datos de carácter personal, concebido como ese poder y disposición sobre la información personal y su control. Estados Unidos y Europa permiten revisar la evolución y consolidación de ese derecho, así como los avances de Alemania y España, quienes han planteado una rica discusión desde la doctrina y la jurisprudencia.

## Palabras Clave:

Protección de datos, libertad informática, habeas data, derechos fundamentales.

ABSTRACT: The influence and effects of cybertechnology calls for a study of new fundamental rights. One of these rights is the right to protect personal data. This right is conceived as a prerogative to protect and control data that relates to personal information. Jurisdictions in the United States and Europe permits a comprehensive study on the origins and evolution of this right. As well, Germany and Spain have rich contributions on this subjects, both on its academic doctrine and jurisprudence.

## Key Words:

Data Protection, cyber freedom, habeas data, fundamental laws.

---

\* Director de la Escuela de Derecho de la Ucab-Guayana.

## I. ASPECTOS PRELIMINARES

El desarrollo del derecho constitucional tanto en el siglo XX como en el transcurso del XXI, se ha gestado principalmente ante la marcada vigencia del principio de progresividad<sup>1</sup> que como bastión plantean los derechos fundamentales. Pero, además, es necesario agregar que a ello se ha sumado:

1. La formación de diversas Cortes Constitucionales en Europa Occidental (fundamentalmente entre 1920 y 1978). De hecho, algunos ejemplos se presentan en Austria, con la creación de la Corte Constitucional en 1920, o países como Italia, la ex República Federal de Alemania, Grecia y España, con la apertura de los tribunales constitucionales, en los años 1949, 1968 y 1978, respectivamente. <sup>2</sup>

El auge del derecho internacional de los derechos humanos, debido a la creación de instancias intergubernamentales, como son: a) la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, b) en el caso Europeo, bajo una doble dimensión. Por una parte, con la creación del Consejo de Europa<sup>3</sup>, en cuyo seno nace el Convenio Europeo de Derechos Humanos,<sup>4</sup> y el

---

1 Principio previsto en la Constitución de Venezuela, en el artículo 19, como garantía del ejercicio de los derechos humanos, pero a la vez contenido en el artículo 22 del mismo texto Constitucional, a través del cual se establece una cláusula abierta de garantías y derechos humanos, aunque tales derechos no figuren expresamente en el texto constitucional o en los tratados internacionales suscritos por Venezuela. Finalmente, ese mismo principio se desprende del artículo 23, también de la Constitución, al brindarle a los tratados, pactos y convenios internacionales, en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, jerarquía constitucional y con aplicación inmediata en el orden interno, incluso de forma preferente a cualquier norma constitucional, siempre que sea más favorable.

2 Gozaíni, O. *La Justicia Constitucional*. Depalma. Buenos Aires. 1994. Pág. 7.

3 Esa intención se plantea de manera concreta el 5 de mayo de 1949, con el fin de revisar los asuntos de interés común y propiciar la "... adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales". (Artículo 1).

4 De hecho, como lo afirma Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. Págs. 43 y 44: a partir de la Declaración de Viena del 9 de octubre de 1993, se incorporó una condición política para aquellos países que pretendieran formar parte del Consejo de Europa,

Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>5</sup> como único ente judicial, para recibir demandas de Estados y de los ciudadanos; y en segundo término, ante la gestación de la Unión Europea, en donde se aprueba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>6</sup> como una fórmula de integración jurídico-política, más allá de la económica, orientando la política europea hacia los derechos fundamentales.<sup>7</sup>

Instrumento internacional que adquiere verdadera eficacia, con el Tratado de Lisboa,<sup>8</sup> toda vez que conforme a su artículo 6.1 “...La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, consolidando así una verdadera “Carta Constitucional”<sup>9</sup> a nivel europeo y la existencia de un derecho comunitario, con capacidad de imponerse a los estado mismos; y c) a nivel latinoamericano, la Organización de los Estados Americanos (OEA), con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a comienzos del año 1948.

Todo lo anterior, ha permitido el reconocimiento por parte de los Estados de la existencia de nuevos derechos, así como, de nuevas ramas en la esfera jurídica, como es el caso del derecho procesal constitucional, como garantía efectiva de una verdadera justicia constitucional y una plena vigencia de los derechos fundamentales, así como, de todo aquello que deriva del espectro tecnológico.

Ese desarrollo de la tecnología y especialmente la “técnica de la informática”, han facilitado la conformación de grandes bancos y bases de datos, en los sectores públicos y privados, incluso de aquellos que conforman la esfera personal, constituyendo la tecnología una enorme

---

debiendo firmar y ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos también. De hecho, así lo hicieron España y Portugal, aun sin existir dicha condición.

5 Tribunal que se permitido integrar en sus sentencias no sólo el Convenio de Derechos Humanos, sino las normas de las Naciones Unidas y de la Unión Europea.

6 Proclamada en la Cumbre de Niza del 7 de diciembre del año 2000.

7 Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección...* Pág. 202.

8 Del 17 de diciembre de 2007, mediante el cual se modifican el tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

9 Véase la obra cit. Arenas Ramiro, M. *El derecho fundamental a la protección...* Pág. 218.

ventaja para la sociedad. Allí podemos ubicar a los “bancos, seguros, productoras de bienes y servicios en general”. Para ello, se han servido de la telemática, la conformación de redes de información, con las cuales son enviadas a grandes cantidades de datos a cualquier parte del mundo a gran velocidad y “desde cualquier parte del mundo”.<sup>10</sup> Sin embargo, el reto es que ante esa ventaja, cómo lograr someterla a los límites jurídicos.

Frente a ese avance, ha nacido el derecho procesal informático, el derecho de autor, avances en el derecho penal y “la tutela de los derechos fundamentales de las personas (tanto las personas jurídica como las personas naturales) frente a la injerencia en su esfera de derechos”, reputación, propiedad, honra e intimidad.<sup>11</sup>

Sin embargo, la tecnología por el gran impacto que produce en el ser humano de hoy y de antes, y frente a la extensión y avances agigantados en la que se desenvuelve, muta y se integra a todas y cada una de las partes de nuestra vida (desde ante de nuestro nacimiento, hasta que morimos e incluso después de nuestra muerte); todo ello ha venido permitiendo que hagamos un alto o se establezcan alertas, en las disposiciones de los diversos países y continentes en la búsqueda de alternativas y opciones hacia una verdadera limitación de dicho impacto, pero a la vez, de permitir el ejercicio de las libertades y especialmente el ejercicio del nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales.<sup>12</sup>

Ello tiene cabida ante la transmisión de información que ya no solo se desarrolla dentro de un país, sino de un país a otro, entre los diversos

---

10 Casal, J. “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas. 2001. Pág. 196.

11 Ortiz-Ortiz, R. *Hábeas data, derecho fundamental y garantía de protección de los derechos humanos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Editorial Frónesis. Caracas. 2001. Pág. 20.

12 En todo caso tenemos que aclarar, que aunque esa es siempre la intención y preocupación, no siempre la respuesta a la necesidad y exigencia social es inmediata o se construye a la par. De modo que, como afirma en la Herrán Ortiz, A. *El derecho a la intimidad en la nueva LOPD*. Dykinson. Madrid. 2002. Pág. 87 “primero surge el fenómeno en la realidad social y después el ordenamiento jurídico facilita instrumentos o medios de respuesta, regulando aquellos aspectos que mayor incidencia revisten respecto a las relaciones humanas. En el caso del avance y desarrollo de las nuevas tecnologías, el proceso no difiere del descrito”.

continentes, que se expresa en flujo constante incontenible e increíble de información viajando a escala mundial, que incluso puede ser manipulada, alterada, suprimida y violentada.<sup>13</sup>

Así las cosas, hoy Europa y algunos países en Latinoamérica reconocen y legislan sobre uno de los ejemplos inequívocos de la progresividad de los derechos fundamentales, nos referimos, al derecho a la libertad informática, autodeterminación informativa, o derecho a la protección de datos de carácter personal (último término seguido por los europeos).

Este nuevo derecho, ha recogido un largo camino en su formación, confundiendo incluso con la intimidad y la privacidad o colocándose como parte del derecho a la personalidad. El asunto es, de dónde nace dicho derecho? Cuál ha sido su tratamiento? y cómo se diferencia de otros derechos?

De modo que, aunque en su etiología no podemos ubicar a la libertad informativa en un espacio concreto y determinado, por lo que debemos aceptar que su nacimiento es producto de la realidad y desarrollo informático, recogeremos algunas pistas en Estados Unidos, Alemania y España, que pueden darnos respuestas a las interrogantes mencionadas, para finalmente diferenciarlo de otros derechos y establecer una aproximación a su concepción.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA. LA PRIVACY NORTEAMERICANA

### Su nacimiento en Norteamérica

Los antecedentes sobre el derecho a la protección de datos personales y su nacimiento radicarón en el concepto de la llamada “privacy”

---

13 Incluso como afirma Velázquez Bautista, R. *Protección jurídica de datos personales automatizados*. Colex. 1993. Pág. 28 y ss, se trata de las llamadas “auténticas “venas del sistema”, con flujo de datos en el país, fuera del país y con facilidad de acceso desde cualquier punto global, todo lo cual permite la “radiografía global” que puede brindar el conocimiento de nuestra vida. Todo ello, incrementa y eleva los riesgos, que han propiciado una enorme literatura y proyectos de ley en el contexto europeo. Sin embargo, y tal como afirma Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*. Bosh. Barcelona. 2001. Pág. 37, lo que produce el daño no es la informática, sino su uso es la que afecta los derechos fundamentales.

norteamericana, conocida también como el derecho a ser dejado sólo o “the right to be alone”.<sup>14</sup>

De este derecho nace la figura de “El right to privacy”, como el “derecho de gozar la vida, o sea el derecho de estar solo”, frente a los ataques, amenazas o asfixia producida por las interferencias de la vida privada o en la esfera íntima ante una sociedad “sometida al control de los medios de comunicación de masa”.<sup>15</sup>

A partir de allí los profesores Samuel Warren y Louis Brandeis, escriben un artículo que causó una gran polémica, por lo que es impor-

---

14 Como bien lo señala Serrano Pérez, M. M. en su obra: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, de Civitas-Thomson, Madrid, 2003, en su pág. 29, dicho concepto aparece por primera vez bajo el esquema del derecho a la protección ante la informática y específicamente frente al poder de intromisión que para la época tenía la prensa en los Estados Unidos de Norteamérica. El artículo fue escrito por Warren, S. y Brandeis, L., denominado: “The Right to Privacy”, publicado en *Harvard Law Review*, Vol IV, Nro. 5, Año 1890-1891. Pág. 193 a la 220, y el cual se encuentra traducido al español, en una edición a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. obra denominada, *El derecho a la intimidad*, de Civitas, Madrid, 1995.

Merece la pena, además, referir el comentario de Piñar Mañas, J. L., en *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos*. Legislación de Protección de Datos. Iustel. Madrid 2008. Pág. 18, en el que se indica: “Sin perjuicio de construcciones doctrinales anteriores, entre las que destacan sin duda alguna Cooley, T. que en 1888 habló ya de “the right to be alone” y el tantas veces citado (que no siempre leído) artículo de Warren y Brandeis “The Right to Privacy”, lo cierto es que hasta la segunda mitad de los años sesenta del pasado siglo no se ponen las bases del derecho a la protección de datos tal como hoy la entendemos”.

15 Véase Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”. *Revista de Estudios Políticos*, **Vol. 30. Nueva Época. 1982 (noviembre-diciembre). Pág. 21.**

A este respecto, también destaca Ruiz, M. al referirse al derecho a la intimidad, en su obra: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1995. Pág. 51. Donde indica que: “este aspecto ya se encontraba jurídicamente protegido en el continente europeo merced a las antiguas normas que protegían contra la difamación y el libelo, para preservar el honor y buena fama de las personas”.

Sin embargo, como nos refiere Rebollo Delgado, L., en su libro: *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008. Pág. 34. A pesar de la existencia de disposiciones jurídicas de protección, el asunto Warren y Brandeis de 1890 en los Estados Unidos, “configura un nuevo derecho que pasará en primer lugar a formar parte del ordenamiento norteamericano a través de la jurisprudencia. Con posterioridad dará el salto a las declaraciones internacionales de derechos, para poco después pasar a los textos constitucionales, fundamentalmente a los europeos”.

tante comentar las circunstancias que rodearon su publicación y luego poder recoger sus consideraciones, toda vez que como afirma Frosini<sup>16</sup> el asunto surge frente a un episodio de la vida privada de Warren, alentado por su imaginación jurídica.

Bajo lo dicho, Herrero-Tejedor<sup>17</sup> citando a Prosser, relata elementos interesantes del origen del artículo escrito por los dos autores:

Prosser las relata así: la Sra. Warren, hija del Senador Bayard, de Delaware, casada con un joven y adinerado empresario del papel, que sólo un año antes había abandonado la práctica del derecho para dedicarse a los negocios, acostumbrada a dar en su casa de Boston frecuentes fiestas sociales. Los periódicos locales, y en especial la revista “Saturday Evening Gazette”, especializada en asuntos de la alta sociedad, cubrieron la información de las mismas con detalles altamente personales y desagradables. El asunto llegó a su colmo con ocasión de la boda de una de sus hijas, y Warren se molestó seriamente. Fue una molestia –continúa Prosser– por la que la prensa, los anunciantes y la industria del entretenimiento de América tuvieron que pagar costosamente en los siguientes años.

Warren acudió a su compañero de estudios en Harvard, Brandeis, que más tarde llegaría a ser Juez del Tribunal Supremo Americano. Ambos publicaron el artículo de referencia, que ha sido considerado como el más sobresaliente ejemplo de la influencia de un trabajo jurídico sobre la Ley americana.

Como bien lo indica Herrero-Tejedor,<sup>18</sup> los autores no pretendían realizar un simple estudio teórico, sino buscaban llevar el conocimiento de estos asuntos de la protección de la *privacy* ante los tribunales. En ese sentido, y ante una nueva era tecnológica, la “privacy” permitiría el cambio y una nueva forma de libertad personal –superando su visión inicial de libertad negativa–, colocándose como una libertad positiva a través del control sobre los datos concernientes a la propia persona y almacenados en archivos públicos o privados.<sup>19</sup>

16 Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”... Pág. 21.

17 Herrero Tejedor, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. 2da Edición. Madrid. 1994. Pág. 37.

18 *Ibidem*. Pág. 39.

19 Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la persona”... Pág. 24. Aquí plantea el autor la llamada “libertad informática, como derecho de autotutela de la propia

De manera que, los autores Warren y Brandeis, se plantearon la necesidad que bajo el imperio del Common Law, se ofreciera respuesta a un asunto de su intimidad y la posibilidad de su extensión ante las prácticas seguidas para la época, es decir, ¿cómo las soluciones tradicionales resolverían el conflicto ante la existencia de nuevas situaciones y principalmente ante la alteración de las bases jurídicas sobre las cuales se tutelan derechos de la personalidad? y especialmente “trasladando el centro de gravedad de la cuestión desde una tutela construida sobre los cimientos de la propiedad privada a una nueva construcción cuyo fundamento es la dignidad del hombre y la inviolabilidad de la personalidad humana”.<sup>20</sup>

Lo afirmado se desprende de las palabras de Warren y Brandeis, cuando disponen que este era un “principio viejo del *commun law* que el individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes; sin embargo, resulta necesario, de vez en cuando, redefinir con precisión la naturaleza y la extensión de esta protección”.<sup>21</sup>

De manera que, al no existir un reconocimiento constitucional expreso y detallado de la *privacy*, ello no sirvió de obstáculo para que

---

identidad informática”, esto es, el poder controlar los datos personales que consten en bases de datos electrónicas. Se trata de un derecho de disposición sobre sus datos, asemejándolos al derecho que poseemos sobre el mismo cuerpo o el pensamiento o las diversas formas de expresión. Por otro lado, afirma que el derecho a la intimidad no abarca sólo la esfera del derecho privado y del interés patrimonial, sino que también tiene forma parte del derecho político.

Véase también Pérez Luño, A. La tercera generación de derechos humanos. Aranzadi. Navarra. Pág. 32. Aquí el autor describe que “los efectos de uso de la informática sobre la identidad y dignidad humana, incide también en el disfrute de los valores de la libertad y la igualdad”.

20 Véase Martínez Martínez, R. Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa. Thomson-Civitas, Madrid, 2004. Págs. 66 a la 68. Se advierte que lo colocado en comillas pertenece a la cita realizada a Westin, A. en *Privacy and freedom* Atheneum, New York. Págs. 336-337.

21 Obra cit. Traducción a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. *El derecho a la intimidad*. Pág. 21.

Véase también la obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 32., cuando afirma que ese concepto tan amplio y poco preciso es lo que permite ampliar su contenido ante los cambios e innovaciones de la tecnología o cualquier otra forma de atentar contra los derechos fundamentales, así como, presenta una mejor solución ante el asunto de la esfera de la persona.

su original concepción fuera trasladada del ámbito del derecho civil (propiedad) a nuevas áreas (personalidad), en los Estados Unidos.<sup>22</sup>

Bajo lo comentado, la nueva visión de la *privacy* y su composición original, colocaba a los ciudadanos a ser protegidos en esferas distintas a las previstas y ante situaciones que en principios no estaban contempladas, pero basado en la IV Enmienda, el camino era el que tenía que definir la jurisprudencia hacia la consolidación de un nuevo derecho.<sup>23</sup> Por ello, esa es la construcción, que el *right to privacy*, no representa sólo el derecho de proteger la esfera personal de intimidad, sino que hoy abarca la posibilidad de disponer libremente sobre la información que procesan otros y almacenan, independientemente si son particulares o la misma administración.<sup>24</sup>

Con todo lo dicho la protección de datos se plantea como una innovación, en el contexto y marco del derecho anglosajón, cuya existencia lo permite el Sistema Constitucional Americano, aun sin estar expresado en

---

22 *Ibidem*. Págs. 30 al 32. Aquí afirma la autora que al no existir ninguna barrera jurídico-constitucional para continuar ampliándola, es posible agregar nuevos contenidos de acuerdo al contexto social.

23 De hecho, sus planteamientos y configuración como nuevo derecho no fueron aceptadas de manera inmediata y unánime, sino que dieron origen a un debate doctrinal y jurisprudencial importante. En el caso doctrinal, Prosser, no vio a la *privacy* como un fenómeno unitario, sino que lo planteó como un ente complejo con cuatro distintos agravios [*tort*]. También se distingue la teoría de Westin, quien aplica la *privacy* como facultad de control sobre la información personal [*informational privacy*]. Lo mismo ocurrió en la jurisprudencia norteamericana sobre la *privacy*, donde resaltan su paso por casi medio siglo, periodo que culminó con el reconocimiento constitucional del derecho a la *privacy*, bajo el esquema de “las sombras y penumbras”, y de distintas enmiendas a la Constitución y la cláusula de apertura a la incorporación de nuevos derechos. Este comentario parte de la obra citada de Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Págs. 73-133.

Véase también Murillo, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos. Madrid, 1990. Pág. 65. Aquí se expone que no fue sino hasta 1965 en la sentencia *Griswold v. Connecticut* cuando se concibe de manera específica, la existencia del derecho a la intimidad, y ya aquí no se apoyan en las “afirmaciones textuales de las enmiendas constitucionales, sino en un derecho a la intimidad genérico, deducible, por vía interpretativa, de la propia Constitución”.

24 Así lo afirma Frosini, V. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio* (Los derechos humanos en la era tecnológica). Monografías jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid, 1996. Pág. 94.

él, pero sí dentro de su espíritu, propósito y razón de ser, cuyo espectro se circunscribe en la *privacy*<sup>25</sup>, entendiéndola como un concepto amplio de protección que va más allá incluso que la intimidad.

Sin embargo, al hacer la traslación de la *privacy* al entorno europeo nos encontramos con límites y restricciones ante una visión discutida sobre su traducción o alcance. De hecho, el asunto de la intimidad y la vida privada en Estado Unidos, a diferencia de Europa -como el caso de España-, no dispone de un texto legislativo sino que son normas que nacen de la jurisprudencia o de normas de los Estados o de la Federación.

De manera que, en el caso Europeo al tratar de asimilar el concepto de la *privacy* y trasladarlo, se asume como paralelo de la intimidad o vida privada, siendo un error, toda vez que la *privacy* no corresponde (en Estados Unidos) a un concepto unitario, razón por lo cual se puede incluir hasta la protección de datos o cualquier otro derecho relacionado con la personalidad, mientras que los conceptos de intimidad y vida privada -en el contexto Europeo- limitan a priori tal situación, haciendo sumamente difícil la tarea.<sup>26</sup>

---

25 De hecho, como opina Orti Vallejo, A. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Comares. 1994. Págs. 45 y ss: el asunto no se agota allí, porque dentro del mismo contexto americano se ha planteado la llamada teoría de la *privacy* y sus diversas vertientes, a saber: la ya indicada y sostenida por Warren y Brandeis; la segunda, la cual utiliza la fórmula de *information control*, para así caracterizar el concepto de *privacy* (sostenida por Westin), quien se encarga de definirla como “el derecho de los individuos”, grupos o instituciones para determinar por sí mismo cuándo, cómo y con qué extensión la información acerca de ellos es comunicada a otros” (la cual presenta el problema de su extensión, además se plantea a los grupos e instituciones); y la tercera, conocida como la fórmula económica de la *privacy* (sostenida por Posner), es decir, la retención de información dependiendo del contexto comercial y personal, enfoque que dependerá de la condición económica, escapando del valor personal. En esa base se sitúa su crítica.

26 Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*. Págs. 34 y 36. De acuerdo a Serrano Pérez, no es el trasladar la *privacy* a nuestros derechos, sino que su asimilación es inexacta en el derecho europeo, porque en dicho continente no existe un derecho de amplitud igual a la *privacy*, por lo cual todo ello generó o produjo dos soluciones: Una nueva categoría para la protección de datos, lo cual no siempre posee una previsión constitucional, y la segunda extiende la idea de la intimidad y privacidad del mismo modo que se amplió la *privacy*, lo cual es un error -de acuerdo a la autora-. Así mismo, como bien afirma la autora al citar

Por ello, una vez incorporada y ante un sistema distinto al common law, no existe un acuerdo entre lo que entendemos por intimidad, vida privada y esfera privada, ámbito íntimo o privacidad, empleándolas de forma indistinta, incluso. De modo que, en el ámbito anglosajón con facilidad se emplean términos como la *privacy* para referirse al derecho de la privacidad, y al mismo tiempo se ha extendido su aplicación al ámbito de lo íntimo tratando de evitar la intromisión de la esfera personal,<sup>27</sup> que no es así en el ámbito europeo.

Sin embargo, si bien la visión anglosajona marcó el punto de partida y el inicio hacia la nueva construcción del derecho a la protección de datos de carácter personal, el hecho es que también a nivel judicial existen antecedentes que van a marcar el futuro del derecho y que permiten su discusión a nivel constitucional.<sup>28</sup> Tal es el caso de la sentencia sobre la Ley del Censo de 1982, en Alemania, que a continuación revisaremos.

---

a Martinotti, G. (pág. 36), “la privacy en versión americana agrupa una variedad y complejidad de contenidos que no son asimilables a ninguna única figura existente en el idioma latino”.

Véase también López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Dykinson. Madrid. 1996. Pags. 169 a 178;

También, el artículo publicado por Rebollo Delgado, L. en Torres del Moral, A. (Coord.) y otros. *Libertades informativas*. “El derecho a la intimidad”. Colex, Madrid, 2009. Págs. 257-261.

27 Martínez de Pisón Cavero, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas. Madrid, 2005, Págs. 27-35.

28 Véase Murillo de la Cueva, P. y Piñar Mañas, J. L., en *El derecho a la autodeterminación informativa* (“La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad”, escrito por Murillo de la Cueva, Pablo Lucas). Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 17. Aquí indica el autor que: “la construcción del derecho que nos ocupa ha sido fruto también de varios factores. No son otros que los vinculados a una suerte de diálogo entre la doctrina, los legisladores internacionales, comunitario y estatal y la jurisprudencia [...] Así, de las iniciales elaboraciones teóricas que buscaban extender los confines del derecho a la intimidad a toda información personal, se pasó a identificar un bien jurídico autónomo –denominado intimidad informativa, privacy, libertad informativa o autodeterminación informativa– sólo en parte coincidente con aquella, al menos en la noción que de la misma o de la vida privada ha prevalecido en los distintos ordenamientos”.

### III. ALEMANIA Y LA AUTODETERMINACION INFORMATIVA

#### La Sentencia sobre el Censo.

Al hablar del derecho a la protección de datos de carácter personal, y poder apreciar su incorporación en el ordenamiento Europeo, es esencial conocer el caso Alemán, a través del cual se establece el derecho a la autodeterminación informativa (*“informationelle Selbstbestimmungsrecht”*). Dicha construcción permite afirmar, que si bien no existe un expreso reconocimiento en Alemania de un derecho autónomo a la protección de datos de carácter personal, un derecho autónomo de la vida privada o a la íntima, lo cierto es que todos ellos forman parte de otro derecho fundamental reconocido en el texto constitucional, como es el derecho a la personalidad.<sup>29</sup>

Para lograr dicha construcción, el Tribunal Constitucional Alemán se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley de Censo (*Volkzählungsgesetz*) de la población de Alemania, aprobada por el Bundestag el 4 de marzo de 1982 y publicada el 31 de marzo. Y nótese, a pesar de considerarse una ley que no planteaba mayor relevancia e interés en el seno parlamentario, dados los acontecimientos en Alemania para la época<sup>30</sup> y la iniciativa de una operación censal gigantesca que exigía de los ciudadanos información personal exhaustiva, el 5 de marzo de 1983 fue presentado un recurso de amparo constitucional, contra la Ley del Censo, invocando que la misma lesionaba los artículos 1, 2, 5, y 19 de la Ley Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) de 1949, es decir, el derecho

---

29 Obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 382.

Véase también la obra citada: Murillo de la Cueva, P. L. y Piñar Mañas, José Luis, en *El derecho a la autodeterminación informativa* (“Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro”, escrito por Piñar Mañas, José Luis). Pág. 90. Aquí afirma el autor que “A partir de la sentencia, que incorpora a los principios esenciales del derecho a la privacidad el del consentimiento, tal derecho y el derecho a la protección de datos ya no fueron lo mismo en Europa. Aunque todavía faltaba mucho por andar”..

30 La llamada crisis de los misiles y la manera inconsistente como el Estado ocultaba su ubicación, de acuerdo a lo indicado por Herrero Higuera, M. La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del Censo de Población de 1983. *Documentación Administrativa*, Nro. 198. Pág. 41.

al libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad, la libertad de expresión y las garantías procesales.<sup>31</sup>

Ante dicha solicitud, el Tribunal Alemán no sólo admite dicho recurso sino que dicta una sentencia cautelar de suspensión provisional de la Ley vigente hasta la resolución definitiva, y el 15 de diciembre de 1983<sup>32</sup> procede a dictar la sentencia de fondo acogiendo en buena parte la argumentación de los recurrentes y anulando parcialmente la ley que se impugnaba. En ese orden, la sentencia es sumamente rica, toda vez que plantea el derecho a la *autodeterminación informativa* como derecho vinculado con el derecho a la personalidad previsto en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>33</sup>, en concordancia con el artículo 1.1. de la misma.<sup>34</sup>

Lo mencionado se va a desprender de las líneas directrices de la sentencia, la cual va a establecer:

1. En las condiciones de la elaboración moderna de datos, la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y difusión ilimitada de sus datos personales quedan englobada en el derecho general de protección de la persona del artículo 2º, párrafo 1, en relación con el artículo 1º, párrafo 1, de la Ley Fundamental. El derecho constitucional garantiza en esta medida la facultad del individuo de determinar fundamentalmente por sí mismo la divulgación y la utilización de los datos referentes a su persona.<sup>35</sup>

De acuerdo con las palabras de Arenas Ramiro, la mencionada sentencia pone el punto final a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal

---

31 Principalmente, porque con ella se obligaba a los ciudadanos a contestar enormes cuestionarios y la obligación de su respuesta (aproximadamente unas 160 preguntas), bajo la amenaza de imponerles sanciones de carácter pecuniario (que podían alcanzar los 10.000 marcos).

32 La mencionada sentencia, se encuentra traducida al español por Daranas, *M. Boletín de Jurisprudencia Constitucional (IV Jurisprudencia Constitucional Extranjera)*, número 33. 1984. Págs. 126 a la 170.

33 La *Grundgesetz* en el artículo 2.1 establece que: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, en tanto en cuanto no lesionen los derechos ajenos y no contravengan el orden constitucional establecido o las buenas costumbres".

34 La *Grundgesetz* en el artículo 1.1 dispone que: "La dignidad del ser humano es inviolable y es obligación de todos los poderes estatales respetarla y protegerla".

35 Ob. cit. Daranas, *M. Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 127.

Constitucional Alemán –hasta la fecha–, iniciada con el caso *Elfes* y que continuó con los casos *Mikrozensus* y *Eppler*, en donde se fue abandonando la Teoría de las Esferas,<sup>36</sup> transitando hacia el tronco común, basado en el derecho a la personalidad.

Así lo ratifica la sentencia en las mismas líneas directrices, cuando se indica que: “5. Las normas de transmisión prevenidas en el artículo 9º, párrafos 1 a 3, de la Ley del Censo de 1983 contravienen el derecho general a la personalidad...”.<sup>37</sup>

En ese mismo orden, existen aspectos que incidieron en la posición del Tribunal, que corresponden a un orden social y político, como a un orden legislativo. Y es que el contexto en el cual emerge la sentencia, es en un ambiente de una nueva ley de censo dentro de una sociedad sensible en estos asuntos, tanto en la elaboración y participación en censos, el manejo de sus datos, su información personal y principalmente el uso dado por los poderes públicos, lo cual denotaba que para la época, la sociedad alemana ya percibía un profundo temor y desconfianza ante la evolución tecnológica y su impacto en el ámbito personal, así como, la manipulación que sobre los mismos podrían hacer las entidades públicas, lo cual constituían temores seguros de la población y suficientes para cuestionar la Ley.<sup>38</sup>

---

36 Véase obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 396. En la obra se reflejan el inicio de la teoría de las esferas (*Die Sphärentheorie*) a través del caso *Elfes*, donde se concibe un “ámbito intangible de la vida humana”. En dicha teoría se distinguía: 1) La esfera más interna, la que representa la parte interna o íntima de la vida privada, 2) la esfera privada amplia, la cual no pertenece a la esfera interna, y 3) la esfera social, que comprende los comportamientos y actividades no comprendidos en la esfera privada. De acuerdo a dicha teoría, el Tribunal Alemán defendió la graduación de la protección de las esferas acorde al ámbito relacionado. Ahora, el asunto de la determinación de las esferas y las garantías permiten el abandono progresivo de la misma y la incorporación de otras visiones como era volver al núcleo o tronco común, esto es, el derecho a la personalidad. Esa superación se inició con el caso *Mikrozensus*, donde el Tribunal Alemán derivó del derecho a la personalidad general, el derecho al respeto de la esfera íntima; o el caso *Eppler*, donde se establece que el derecho a la esfera privada como integrante del derecho general de la personalidad derivaba del artículo 2.1 y 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn. (Véase también las págs. 390-395).

37 Obra citada: traducción de Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional...* Pág. 127.

38 Véase obra cit. Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de*

Pero además, otro asunto es la base sobre la cual se sustenta la concepción del nuevo derecho. Nos referimos a que fue la Constitución, o la Ley Fundamental, muy a pesar de la existencia de leyes vigentes en materia de datos en Alemania (como era el caso de la Ley sobre la protección de los datos contra la utilización ilícita de los datos personales), que pudo brindar el verdadero soporte jurídico, debido a la inutilidad de la ley. Ello lleva a Alemania a volver la mirada al tronco constitucional y sobre él fundamentar la existencia del nuevo derecho.<sup>39</sup>

Es así, como el Tribunal Constitucional Alemán –como ya lo hemos afirmado- se desplaza y abandona la teoría de las esferas para hacer frente al asunto planteado mediante al tronco común de la personalidad, y luego establecer desde allí la interpretación de los datos personales.<sup>40</sup>

Por ello, más allá de la terminología o la propia discusión doctrinal que se ha generado, lo que sí es innegable es que tanto la construcción del derecho a la autodeterminación informativa, que desarrolla el Tribunal Constitucional Alemán, como el proceso vivido en Norteamérica con la *privacy*, ambos guardan cierta relación o existe allí un paralelismo,<sup>41</sup> en el enfoque y construcción del derecho a través de un tronco común. En el caso norteamericana, sirve la *privacy* –bajo lo influencia del *common law*– para ampliar el derecho existente, llevando dicha visión hasta la influencia de las nuevas tecnologías; y en el caso alemán, la sentencia

---

*datos personales en Europa...* Pág. 396. Así mismo, la finalidad de los datos no era meramente estadísticos, sino que podían ser utilizados por cualquier Administración, siempre que le fuera útil a sus funciones.

Véase también, Rebollo Delgado, L y Serrano Pérez, M. M. Introducción a la protección de datos. Dykinson, Madrid. 2006. Pág. 25

39 Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 63.

Véase también, Obra cit. Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la persona”. Págs... 26-28. Aquí se hace alusión al Land de Hesse del 7 de octubre de 1970, como la primera Ley sobre protección de los datos (Datenschutzgesetz), principalmente referida a la “esfera del control sobre los acuerdos y procedimientos de la administración pública del Land”, Ley que se proliferó en toda Alemania Federal. Pero también se habla de la Ley sobre protección de los datos contra la utilización ilícita de los datos personales, compuesta por 47 artículos y sus anexos, la cual fue seguida por unas 10 leyes análogas de algunos Lander y de Berlín Oeste.

40 Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 64.

41 Ídem... Pág. 69.

asume y busca enclavar el fundamento del nuevo derecho en la Constitución, mediante la utilización del derecho de la personalidad.

Además, es necesario precisar que el nuevo derecho va a rebasar el contenido de los derechos hasta ahora expresados, tratándose de una nueva categoría,<sup>42</sup> lo que reclama un ámbito de protección distinto o necesario adaptar a su especificidad.<sup>43</sup>

Gracias a dichos antecedentes, el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal se va perfilando de forma distinta en los diversos países, ante su expresión o ausencia en las diversas constituciones o su nacimiento por la vía judicial. De hecho, no es sino hasta la década de los años setenta cuando se produce una innovación en la historia de la legislación tanto europea como norteamericana, respecto a las personas y el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a través del “proceso de positivación de los derechos integrantes de la tercera generación, en particular de la libertad informática o derecho a la autodeterminación informativa”..<sup>44</sup>

---

42 *Ibidem*. Págs. 68 y 71. La autora, coincidiendo con Pérez Luño, A. cuando afirma que: “negar la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, para englobarlo en el libre desarrollo de la personalidad, dificulta la relación directa de aquél con otros derechos fundamentales”.

43 Véase la edición y traducción de Gutiérrez Gutiérrez, I. en *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Denninger, Erhard y Grimm, Dieter. Trotta. Madrid, 2007. Págs. 22-23. Aquí afirma el editor (en palabras Grimm y López Pina), que los derechos fundamentales son esa base permanente de la integración social, ante los diversos conflictos jurídicos, de modo que, tenemos que estar abierto a los nuevos retos en cuanto a su posibilidad y límites que ofrecen, pero al mismo tiempo “como fronteras para la represión”, es decir, son esa puerta abierta por el Estado constitucional a la multiculturalidad, pero a la vez ese espacio individual frente a cualquier cultura. Bajo esa idea se establece que: “...la proyección institucional de los derechos es capaz de abrir espacios nuevos de autodeterminación que quizá merezcan ser explorados”, citando a la Häberle.

44 Pérez Luño, A. “Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)”. Edición a cargo de Losano, M., Pérez Luño, A. y Guerrero Mateus, M. *Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid. 1989. Págs. 145 y ss. Aquí se habla de tres generaciones, en las cuales se crean: las leyes de primera generación, donde es el parlamento del Land de Hesse de la República Federal de Alemania, quien tiene el mérito de promulgar lo que sería el primer texto de protección de datos o el caso de la Data Lag sueca del 11 de mayo de 1973. Una segunda generación se da con la promulgación de la Privacy Act norteamericana, el 31 de diciembre de 1974, y la incorporación de la libertad

En el caso de Europa, se afirma<sup>45</sup> que según como sea reconocido el derecho a la protección de datos personales, se puede atender a la siguiente clasificación: 1) Aquellos países que reconocen el derecho expresamente en sus textos constitucionales, caso de Portugal, Suecia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría y Polonia. Aquí también se incluyen aquellos que han reformados sus constituciones y han incorporado el derecho (tal es el caso de Alemania); 2) Aquellos países que el texto constitucional no reconoce expresamente el derecho a la protección de datos personales, pero poseen disposiciones sobre la materia que han permitido a los Tribunales Constitucionales reconocer dicho derecho fundamental. Aquí se evidencian los casos de España, Finlandia, Países Bajos y Lituania; y 3) Aquellos países que no establecen el nuevo derecho, pero el Tribunal Constitucional los ha reconocido al formar parte integrante del contenido de otro derecho ya establecido expresamente en la Constitución, como es el caso de la intimidad, vida privada, libre desarrollo de la personalidad o la dignidad humana. Es el caso de Italia con el “*diritto a la riservatezza*”.

A continuación, analizaremos –dentro del segundo grupo de países– el caso de España, donde nos interesa conocer cómo a partir del artículo 18.4 de la Constitución Española (en lo adelante CE) se admite la existencia del derecho –a pesar de no tener una expresión clara e inequívoca–, pero además nos interesa apreciar la visión de la doctrina española desde la óptica de Pablo Lucas Murillo y Antonio Pérez Luño, para finalmente apreciar las primeras sentencias del Tribunal Constitucional Español (en lo adelante TC) que permiten y dan vida al nuevo derecho fundamental.

---

informática en las Constituciones de Portugal en 1976 y de España en 1978, en sus artículos 35 y 18.4, respectivamente. Y la tercera generación de leyes de protección de datos personales, nace con la promulgación del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el 28 de enero de 1981.

45 Véase Arenas Ramiro, M. en la obra citada. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Págs. 378-379.

## IV. EL DERECHO A LA PROTECCION DE DATOS EN ESPAÑA

### 1. El artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978: Aspectos generales.

En esta mirada hacia la protección de datos personales y su configuración como nuevo derecho, además de poder apreciar la influencia y trabajo aportado por el Tribunal Constitucional Alemán, quien reconoció un nuevo derecho a la protección de datos y constituye un antecedente de obligada cita,<sup>46</sup> no cabe duda que el tema de la informática y su influencia e impacto en los derechos fundamentales, así como al entender nuevas facultades en los ciudadanos desde la llamada autodeterminación informativa o libertad informática durante el siglo XX, permitió que la mayoría de los países europeos avanzaran y elaboraran normas constitucionales teniendo en cuenta dicho desarrollo.

En ese orden y sentido, abre el camino la Constitución de Portugal,<sup>47</sup> al reconocer de manera expresa un nuevo derecho a la protección de datos y lo separa del derecho a la vida privada.

---

46 Aunque según Denninger, Erhard., en “El derecho a la autodeterminación informativa, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica”. *Actas del Coloquio internacional celebrado en Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986*. Tecnos. 1987. Pág. 271, la denominación autodeterminación informativa no es nueva, ni se trata de una creación del Tribunal Constitucional Alemán, por lo que mucho menos representa a partir de allí el nacimiento de un derecho fundamental.

47 De hecho, se trata de la primera evidencia sobre la libertad informática a nivel constitucional en el contexto europeo. Fue aprobada en el año 1976, y específicamente en su artículo 35 se destaca: el derecho de los ciudadanos al acceso de la información que le interese y que esté contenida en registros, incluyendo su consentimiento para el uso y su rectificación, además, de las prohibiciones en materia de convicciones políticas, vida privada o creencias religiosas y la prohibición de establecer a los ciudadanos un número nacional único. El texto expresa que: “1) Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registro mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización; 2) No se podrá utilizar la información para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos, y 3) Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.

Un segundo caso es el ejemplo Español, que aunque no establece expresamente dicho derecho fundamental –como la Constitución portuguesa-, al igual que en ésta se anuncia la posibilidad de atender el asunto de la informática y su impacto en el campo de los derechos fundamentales -y como se podrá apreciar-, será en los ojos del TC, que el nuevo derecho poco a poco se diferenciará del derecho a la intimidad.<sup>48</sup>

De ésta manera, podemos aceptar que la CE<sup>49</sup>, se constituye en uno de los ejemplos de los textos más modernos en el ámbito europeo –dictados para la época<sup>50</sup>, en el cual evidentemente se refleja la incorporación inequívoca y palpable de “*la informática*” y la posibilidad de establecer límites concretos ante su uso, por el impacto que produce.<sup>51</sup>

48 Sin embargo, el asunto ha sido objeto de largos debates por la determinación, esto es, si la protección de datos personales corresponde a un derecho fundamental autónomo, o por el contrario una faceta del derecho a la intimidad, como ya hemos señalado. Aspectos que hasta la fecha no están absolutamente claros.

49 Constitución aprobada en octubre de 1978, por las Cámaras de Diputados y el Senado, que luego fue sometida a referéndum el 6 de diciembre y que entró en vigencia el 30 de diciembre de 1978. Proceso constituyente que contó con un elevado consenso –salvo el caso del grupo parlamentario de nacionalismo vasco-, mediante el cual se pudo vivir la transición que se seguía en España luego del fallecimiento del General Franco en noviembre de 1975.

Véase Prad Fernández, J. L. Revista de Derecho Político, Nro 65, UNED. Madrid, 2006. Pág. 216.

También Pais Rodríguez, R. y Rebollo Delgado, L. Introducción al Derecho I (Derecho Público). 2da edición. Manuales Jurídicos Dykinson. Madrid, 2009. Pág. 73 y 74. Aquí se distingue como en la parte dogmática, la CE, tuvo la influencia de la Constitución portuguesa de 1976, así como, en la definición de Estado como Social y Democrático de Derecho en la Ley de Bonn de 1949, la distinción entre Ley Orgánica y ordinaria por influencia de la Constitución francesa de 1958, y el Consejo General del Poder Judicial, inspirado en la Constitución italiana de 1947.

50 Siendo el segundo texto en regular dicha realidad después de la Constitución de Portugal de 1976.

51 Otros ejemplos, como afirma Frosini, T. E., en “Nuevas tecnologías y constitucionalismo”. *Revista de Estudios Políticos* 124. (Nueva Época), abril/junio, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, Págs. 134 -136, son las Constituciones de la República de Sudáfrica de 1993 que prevé tres artículos de la libertad informática, entre los que se encuentra el derecho a la privacy; o el de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, modificada en el 1993, que lo ha asociado a la vida privada, libertad de prensa o derecho a la información; o los casos latinoamericanos donde las constituciones han avanzado hacia la protección explícita de situaciones subjetivas derivadas de la tecnología informática, como es el caso de el habeas data. Aquí vemos los países que lo han incorporado de manera directa a sus constituciones (caso:

De manera que, el constituyente español, decidió dar un salto importante en el marco de la protección de datos, al incorporarla en el conjunto de derechos fundamentales de la carta magna,<sup>52</sup> estableciendo en el artículo 18<sup>53</sup> de la CE, lo siguiente:

1. Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Así mismo, el artículo 18 va a elevar a un rango constitucional, todos aquellos derechos que hasta la fecha eran parte del derecho civil, pero que ahora se van a nuclear en los que hoy se conoce como derechos a la personalidad, donde existe una línea conductora que es la dignidad

---

Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina y Venezuela), otros la garantía la prevé la legislación en forma indirecta mediante el amparo constitucional (casos: Chile, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, y Honduras), y otros prevé una tutela indirecta del habeas data (casos: Panamá, México, Uruguay y El Salvador).

Sin embargo, Serrano Pérez, M. M. en la obra cit. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado...* Pág. 124. Plantea una opinión distinta a la nuestra, toda vez que establece que la CE pudo redactarse con mayor claridad y la misma adolece de algunas insuficiencias.

52 Cámara Villar, G. “Caracteres generales del reconocimiento constitucional de los derechos y libertades y Eficacia y límites de los derechos y libertades fundamentales”. Balager Callejón, Francisco (Coord.): *Derecho Constitucional (vol. II)*. Tecnos, Madrid 1999. Pág. 52.

53 Las bases para la redacción del referido artículo fue el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso del último aparte en el artículo 35 de la Constitución de Portugal. De hecho la inclusión del último aparte fue lo que produjo el mayor debate, considerando –algunos diputados– que su inclusión era innecesaria, mientras que otros alertaban su influencia. Véase Arenas Ramiro, M. Obra citada. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 445.

de las personas, porque se basan en la propia esencia o carácter esencial del ser humano.<sup>54</sup>

Como se aprecia, el descrito artículo va a proteger un conjunto de derechos diferentes, como son: el derecho a la intimidad, el honor, y la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones y además incorpora una orden al legislador para que regulara el uso de la informática, con el objeto de garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y el pleno ejercicio de los derechos.

Así mismo, es importante destacar, que el artículo 18.4 no es la única referencia que existe en la CE acerca de la utilización de la informática, debido a que también en el artículo 105 b) se regula el acceso a los ciudadanos a los registros administrativos, salvo que afecten la seguridad, la defensa del Estado o las averiguaciones delictivas o la intimidad.<sup>55</sup> Sin embargo, existen aquí diversas vertientes porque algunos autores opinan que dichos artículos forman parte del sistema constitucional de la libertad informativa o autodeterminación informativa,<sup>56</sup> mientras otros opinan que no son el artículo 18.4 y 105 b) preceptos constitucionales que se complementen, porque el 105 no está concebido para preservar ningún derecho fundamental, sino que se trata del control de la información, además de referirse únicamente a la Administración y su actuación.<sup>57</sup>

Ahora, al comparar el texto de la Constitución portuguesa y la española, si bien la CE, permite el avance sobre la materia al haberle dado rango constitucional, lo cierto es que “resulta evidente la mejor elabo-

54 Véase Rebollo D, L. “Derechos de la personalidad y datos personales”. *Revista de Derecho Político*, Nº 44, 1998. Págs. 143 y ss.

55 Davara Rodríguez, M. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993. Pág. 55.

56 Obra cit. Pérez Luño, A. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*... Pág. 159. Afirma el autor que la autodeterminación informativa o libertad informática halla su reconocimiento inmediato en ambos artículos.

Véase también, Pérez Luño, A. “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 9, mayo-junio 1979. Págs. 62-63.

57 Para tener argumento e información detallada, véase la obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos*... Págs. 127-130. Tesis que además compartimos.

ración técnica del texto portugués, que engloba en un solo artículo los problemas más acuciantes que suscitan las relaciones entre intimidad e informática”.<sup>58</sup> De modo que, plantea la redacción del artículo 18.4 de la CE, una visión de protección ante el impacto informático, pero a la vez limitativo y restrictivo del fenómeno. Perdiendo así de vista los diversos aspectos que consideró la Constitución portuguesa, pero además, colocando en un plano desigual a la informática ante los derechos de los individuos, lo cual complica el problema de la determinación del bien jurídico que protege.<sup>59</sup>

Bajo lo dicho, interesa rescatar algunos de los aspectos que se describen y establecen en el artículo 18.4 de la CE, a los fines de poder apreciar –desde la doctrina– cuál es el bien jurídico protegido, así como, presentar las dificultades que derivan de su redacción y luego examinar cómo la jurisprudencia española ha servido de punta de lanza en su configuración. El interés que ello merece es la manera como se perfila la incorporación en el artículo 18.4 de la CE, la prohibición en el uso de la informática y a partir de allí caben las preguntas: ¿fue incorporado el artículo 18.4 de la CE con la finalidad de garantizar el pleno ejercicio y vigencia del derecho al honor, intimidad? o por el contrario ¿se trata de un agregado al artículo 18 de la CE del cual deriva un nuevo derecho fundamental?

## 2. La doctrina

Como bien hemos indicado, son los profesores Antonio Pérez Luño y Pablo Lucas Murillo, aquellos que –a nuestro modo de ver–, comprenden las opiniones calificadas y especialmente quienes –en España– poseen la

---

58 Pérez Luño. A. *Derechos humanos, estado de Derecho y constitución*. Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 338.

Véase también la Obra cit. Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Pág. 124.

59 *Ibidem*. Págs. 125 -127.

Así también véase Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español. Aspectos teóricos y prácticos*. Bosch. Barcelona. 2001. Pág. 34. Quien afirma que: “La Constitución Española tiene una participación activa en lo que se refiere al control de la informática, de hecho que supone una actitud progresista y activa frente a otras constituciones europeas, a pesar de que la redacción del artículo donde se regula esta cuestión no es afortunada”..

voz primaria en cuanto al estudio sistemático y doctrinal del derecho a la protección de datos de carácter personal. Ahora bien, ambos autores no comparten dicha calificación de derecho a la protección de datos de carácter personal,<sup>60</sup> sino que han sido unánimes en denominarlas libertad informática o autodeterminación informativa, según veremos.

En ese orden de ideas, creemos prudente conocer del por qué de sus acepciones, la fundamentación de sus ideas y de manera sencilla presentar sus consideraciones acerca del tema.

Para ello, no referiremos a la libertad informática, en primer término, teoría que considera Antonio Pérez Luño, y que recoge en varias de sus obras.

### 2.1. La libertad informática de acuerdo a Antonio Pérez Luño

Bajo un esquema preliminar y ante la promulgación de la CE de 1978, Pérez Luño, inicia su estudio<sup>61</sup> –que luego denominará la libertad informática– bajo la concepción de que la informática representa una amenaza al derecho a la intimidad, y basado en ello plantea una nueva dimensión y configuración de la intimidad, siendo su integración al esquema constitucional muestra de esto.

Pero además, al referirse al artículo 18 y especialmente al hacer el énfasis en el numeral cuarto, se permite concluir que el derecho que se protege o bien jurídico que se protege es el derecho a la intimidad, esto es, no forma parte de su argumentación, ni la libertad informática, ni la autodeterminación informativa y mucho menos la protección de datos, criticando que la concepción o consideración de la intimidad sólo fue concebida únicamente bajo una visión individual, dejando de lado el ámbito social que van a nacer ante las nuevas tendencias y posibilidades tecnológicas, por lo que era necesario incluir dicho matiz a nivel constitucional”.<sup>62</sup>

60 O por lo menos no la asume *a priori*.

61 Sin embargo, podemos encontrar sus obras desde 1971, como es el caso de “La juscibernética en España”, en la *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2. Págs. 303-327; o “Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico”. *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia.

62 Pérez Luño, A. “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 9, mayo-junio 1979. Pág. 62-63.

Por esa razón, plantea el autor una relación directa entre el artículo 18.4 y 105, b) de la CE, como una suerte de complemento al primero de los nombrados, independientemente que en el artículo 105, b) no se plantee el asunto de la informática ni se coloca en el título de los derechos, sin embargo, en dicho artículo 105, b) se incluye claramente a la intimidad y su garantía antes los registros administrativos. En todo caso, a pesar de que parte de la base de que el tratamiento constitucional no fue el más afortunado y que posee defectos prácticos, el asunto es que la previsión fragmentada (en los artículos 18.4 y 105, b), constituye el derecho a la intimidad y es su incorporación en la CE lo que trata de garantizar y proteger el constituyente frente a la amenaza de la informática.

Pero, a tal punto de análisis preliminar y erróneo parte el aludido autor, que además de sólo ver el derecho a la intimidad como la previsión o derecho contenido en el artículo 18.4 de la CE, también al analizar su desarrollo y evolución, termina por asemejarla o igualarla con la configuración de la *privacy* norteamericana, esto es, estableciendo que la intimidad y la *privacy* son lo mismo.

De manera que, su enfoque original no toma en cuenta ni a la protección de datos, libertad informática ni a la autodeterminación informativa, sino al derecho a la intimidad y sobre él la amenaza constante y creciente de la informática, como concepto que frente a su desarrollo se asemeja al de la *privacy*, convicción que más adelante abandonará y centrará su estudio en la libertad informática.

En ese orden y dirección, al análisis preliminar que realiza Pérez Luño del artículo 18.4 de la CE, en 1981 –dos años después de la primera obra-, elabora un conjunto de principios necesarios, que deben tomarse en cuenta en la construcción de una ley española que regulara el asunto de la informática. Por lo que utiliza el término *libertad informática* al incorporarlo dentro del conjunto de principios enumerados.<sup>63</sup>

De esto modo, la *libertad informática*, bajo la tesis de Pérez Luño, comprende la *información sobre* los bancos de datos existentes, así como su titularidad y finalidad, su *control*, que comprende el *acceso* (mediante el *habeas data* que permitirá: la *corrección*, *cancelación* de los datos, el *olvido*), y finalmente la *tutela* por medios o recursos oportunos.

---

63 Obra cit. Pérez Luño, A. "Informática y libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24, noviembre-diciembre. 1981. Pág. 50.

Esa visión es la que permitirá luego desarrollar la concepción del nuevo derecho, bajo los contenidos planteados, concepción que luego se apartará del derecho de la intimidad como eje central o determinante, construyendo así un nuevo concepto o derecho, denominado *la libertad informática*.

Toda esa construcción o redimensionamiento que hace Pérez Luño del derecho a la libertad informática, va a tener su génesis en el desarrollo generacional de los derechos humanos. Bajo esa visión nos habla de una primera generación (basada en las libertades individuales), en la cual se exige la autolimitación y la no intromisión de los poderes públicos en la esfera individual; la segunda generación (basada en los derechos económicos, sociales y culturales), y cristalizada jurídica y política en el Estado Social de Derecho, en la que se exige una actuación activa de los poderes públicos y garantizada a través de ellos; y la creación de una nueva categoría o nueva generación (la tercera), en la cual se encuentran las nuevas tendencias universales, como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, la calidad de vida, o la *libertad informática*. En ese orden, indica el autor que el mismo desarrollo de los derechos humanos ha llevado a que el concepto de intimidad se vincule con el libre desarrollo de la personalidad (caso el artículo 2.1 de la República Federal de Alemania, o el caso del artículo 10.1 de la Constitución Española: identidad, dignidad, libertad e igualdad), y de allí la creación del concepto de autodeterminación informativa, como una construcción de la doctrina y jurisprudencia germana, que debe entenderse como un equivalente a la libertad informática.<sup>64</sup>

De modo que, Pérez Luño aboga por la Libertad Informática, que es sinónimo de la Autodeterminación Informativa, plantea una de las garantías especiales del nuevo derecho (habeas data), y a la vez lo concibe como un nuevo derecho, autónomo, que incluso va más allá del derecho a la personalidad, y que se relaciona con la intimidad, pero no de manera decisiva, sino también con otros derechos y especialmente con la identidad, dignidad, libertad e igualdad, cuya base constitucional está en los artículos 18.4 y 105, b) de la CE, derecho que le permite a

---

64 Véase Pérez Luño, Antonio. "Intimidad y protección de datos personales: Del habeas corpus al habeas data". Edición a cargo de Luis García San Miguel Rodríguez-Arango (*Estudios sobre el derecho a la intimidad*). Tecnos. Madrid. 1992. Pág. 36 -39.

cualquier ciudadano (individual o colectivo) conocer, acceder, controlar, corregir, rectificar, destruir, los datos personales inscritos en programas electrónicos, bajo un apoyo estructural y normas de organización y bajo la existencia de garantías que permitan su existencia real y efectiva.

Bajo lo afirmado, no cabe duda que Pérez Luño inicia el estudio del nuevo derecho y avanza en su determinación y contenido, aunque al hacer una especie de separación o subdividirlo, deja de lado el asunto nuclear y fundamental a abordar y dilucidar, es decir, su verdadera autonomía y su contenido esencial.

## 2.2. *La autodeterminación informativa de Pablo Lucas Murillo*

Desde otro planteamiento a Pablo Lucas Murillo de la Cueva, se le atribuye la concepción de la Autodeterminación Informativa en España (que deriva de la concepción alemana).

En el caso de Lucas Murillo, además de tomar como punto de partida el texto de la Constitución española (18.4), que le llevará a la construcción de un nuevo derecho constitucional –a partir de la limitación del uso de la informática–, lo cierto, es que necesariamente avanza desde la visión de la intimidad, a los fines de poder determinar si con ella se construye el nuevo derecho. De hecho, lo expresa así:

Ahora bien, el llamamiento que efectúa el artículo 18.4 de la Constitución es meridiano y, dejando ahora las consideraciones relativas a la urgencia con que es preciso atenderlo, sitúa claramente el debate en torno a la regulación de la informática en el terreno del derecho a la intimidad, aunque no haya que excluir que otros derechos se vean también implicados. 6 Esta conexión constitucional intimidad-informática obviamente no es casual y justifica que, a tenor de lo dicho, nos preguntemos si es posible construir, a partir de esta premisa normativa, un derecho fundamental a la autodeterminación informativa. <sup>65</sup>

En ese recorrido, el autor deja claro que si bien la visión ha sido vincular el derecho a la autodeterminación informativa al de la intimidad,

---

65 Obra cit. Lucas Murillo de la Cueva, P. *El Derecho a la autodeterminación informativa...* 1990. Pág. 30.

incluso partiendo del desarrollo histórico, lo cierto es que la intimidad constituye un concepto preinformático (que se coloca en el ámbito de la persona, con un primer ámbito o noción restringida y hoy día bajo un ámbito más extenso o ampliado), sin embargo, la protección de los datos y su técnica se nos presenta con mayor complejidad que rebasa incluso la intimidad, porque atenderá a los poderes del individuo con las limitaciones de los terceros, así como las diferentes garantías necesarias, donde incluso los datos que se protegerán no necesariamente serán íntimos, esto es, pueden ser del conocimiento de otros, o incluso insignificantes, siendo por tanto un ámbito mucho más amplio que el de la propia intimidad (concepto incluso impreciso por su constante movimiento), donde su punto de partida será la influencia de la informática y su incidencia en la esfera de los individuos y el valor que se le otorga en el artículo 18.4 de la CE. De acuerdo a lo expresado, Lucas Murillo diferencia la autodeterminación informativa del derecho a la intimidad, puesto que al tener ámbitos materiales distintos o no coincidentes, el primero con una concepción preinformática y el otro bajo un sector especializado y cada vez más articulado. Por lo que afirma que se trata de un nuevo derecho que es producto de la informática y aunque la idea de su existencia es preservar la información individual, sea ella íntima o no, el bien que se tutela no es la intimidad, sino la autodeterminación informativa que claramente se diferencia de aquella.<sup>66</sup>

Bajo la concepción y construcción del nuevo derecho a la autodeterminación informativa, de cara al artículo 18.4 de la CE y el bien jurídico protegido, el autor distingue entre éste y el derecho al honor, estableciendo su escasa vinculación ante la poca amenaza que representa para él la informática. También, indica su desvinculación con la propia imagen, la cual olvidó el constituyente nombrar en el propio 18.4 y en el 105. b). En cuanto a la intimidad, si bien reconoce que su protección se inicia a partir de allí, ésta posee una suerte esfera personalísima o restringida integrada por las convicciones, sentimientos y recuerdos, relaciones sexuales, familiares y de salud, en las cuales no se plantean los problemas.

En ese sentido y orden de ideas, Lucas Murillo plantea que la solución de formulación del nuevo derecho, debe atenderse no desde la formulación textual del nuevo derecho, prevista en el artículo 18.4 de la

---

66 *Ibidem*. Págs. 88-124.

CE, sino hacer su deducción a partir de su propio contenido, para así poderle dar una fundamentación constitucional satisfactoria<sup>67</sup>

Por esa razón, indica que el artículo 18.4, crea la suerte –bajo la concepción de un nuevo catálogo de derechos– de facultades que superan los mecanismos típicos (incluyendo el de la intimidad), y que van a asegurar el control que sobre ella se dispone o utilizan los terceros, evitando perjuicios, con un sistema instrumental, garantías, procedimientos y sanciones, es por tanto: “...el control que cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad.”<sup>68</sup>

Así mismo, dispone el autor que ante la existencia del artículo 10.2 de la CE, mediante el cual se eleva el nivel interpretativo de los derechos fundamentales, los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, ello permite que el artículo 18.4 se interprete a la luz del Convenio 108 de Consejo de Europa y con ello darle el verdadero contenido al nuevo derecho fundamental.

Bajo lo revisado, dicha posición doctrinaria presenta mayor aceptación y claridad en torno al nuevo derecho y un acercamiento a la configuración que viene a desarrollar el TC, a través del cual –tardía-, pero finalmente concibe el nuevo derecho frente a la concepción del derecho a la protección de datos de carácter personal, después de casi 22 años y de una larga revisión –principalmente doctrinal-, lo cual comentaremos a continuación y representa la consolidación de un nuevo derecho fundamental que hoy se exporta o sigue en desarrollo en Latinoamérica.

### **2.3. El Tribunal Constitucional Español y la interpretación del artículo 18.4. CE.**

Como ya hemos indicado, en el desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal, si bien la doctrina ha emprendido

---

<sup>67</sup> Murillo de la Cueva, L. “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)”, col. 43 *Cuadernos y Debates*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. *Informática y protección de datos personales*. Págs. 27 y ss.

<sup>68</sup> *Ibidem*. Pág. 33.

un desarrollo constante en la concepción del derecho y algunos países realizaron incorporaciones inequívocas sobre éste (como el caso de Portugal), el TC no siguió la misma suerte, debatiendo poco sobre la materia y finalmente estableciendo el derecho a partir del año 2000, esto es, incluso después de los 2 instrumentos legislativos principales en España.<sup>69</sup>

De acuerdo a ello, si bien en sus inicios el TC aborda la influencia por el uso de la informática, así como, reconoce los grandes peligros que suponen las nuevas tecnologías, todo desde la óptica del derecho a la intimidad, posteriormente, se plantea una segunda etapa, donde reconoce la existencia de un nuevo derecho, la “*libertad informativa*”, pero sin abandonar la concepción y su argumentación desde el derecho a la intimidad. Va a resultar –luego de la aprobación de la Directiva 95/46 del Consejo y las leyes Orgánicas Españolas, que el TC reconoce expresamente el nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, de manera autónoma, separándolo del derecho a la intimidad (su objeto y contenido).<sup>70</sup>

69 Nos referimos a la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD), y la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Como posición en contrario a la expuesta por la mayoría de la doctrina, puede verse la obra cit. Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa...* Págs. 328 y ss. Aquí el autor se plantea: Existe: ¿Una fundamentación autónoma del derecho a la protección de datos? o es una creación ex-novo de un derecho fundamental. Tal indicación la hace a partir de su visión, que se expresa así: “si se hubiese acudido a la voluntad del constituyente como criterio del que inferir el sentido último del precepto no puede asegurarse con certeza que pudiera probarse sin ninguna duda que éste quisiera atribuir al artículo 18.4 CE los mismos efectos que el Tribunal Constitucional Federal Alemán otorga a la categoría del derecho a la autodeterminación informativa, ni tampoco exactamente el mismo fundamento, o al menos el empleo de una técnica equivalente. Lo que sí resulta en cambio plenamente demostrable es la voluntad expresa de integrar el precepto en los derechos que tutelan la vida privada en sus distintas facetas. [...]”

El Alto Tribunal, ha optado por una tercera vía consistente en hacer residir el derecho a la protección de datos en el artículo 18.4 CE probablemente ante el reto de dar un pequeño salto en el vacío y crear jurisprudencialmente ex-novo un derecho fundamental cuya fundamentación real no debiera haber sido otra que la garantía de la personalidad y del ser humano que contiene el artículo 10.1 CE tomando como referente interpretativo el derecho a la vida privada que implícitamente consagra el artículo 18 CE visto a la luz de los convenios internacionales sobre la materia”.

70 Véase la Obra cit. Arenas, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa...* Pág. 445. Sin embargo, con las sentencias 159/2009 del 29

La principal sentencia será la 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, donde se resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 1.463/2000, promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, sobre la Protección de Datos de Carácter Personal, esto es, ante la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales, por lo que se solicita la nulidad parcial de varios preceptos de la Ley Orgánica.<sup>71</sup>

Para resolver dicho recurso y sus implicaciones, que lleva consigo la constitucionalidad de expresiones de dichos artículos, el TC va a reconocer el nuevo derecho previsto en el artículo 18.4 de la CE, procederá a diferenciarlo del derecho a la intimidad, así como, establecerá su contenido esencial.

Con lo dicho, diferencia claramente el TC el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos, aludiendo a que poseen distintas funciones y distintos contenidos, aunque comparten el objetivo de proteger la vida privada de las personas, al expresar que:

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E., con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 C.E. debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 C.E.), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 C.E.). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran. (F.J. 5).

---

de junio y la 173/2011 del 07 de noviembre, pareciera el TC luego de la sentencia 291/2000 volver al tronco común de la intimidad, como más adelante comentaremos.

71 Nos referimos a los arts. 21.1 (Comunicación de datos entre Administraciones Públicas) y 24.1 y 2 (otras excepciones a los derechos de los afectados) de la Ley Orgánica 15/1999, por vulneración de los arts. 18.1 y 4 y 53.1 de la CE.

Por eso, el contenido y el objeto de la intimidad y el derecho a la protección de datos serán distinto, colocando el TC a la intimidad bajo una visión restringida, que corresponderá sólo al ámbito de no injerencia o aspecto negativo de exclusión frente a mi vida privada, imponiendo a otros el que se abstengan de interferir en el ámbito de lo íntimo o hacer uso de lo conocido. En cambio, el derecho a la protección de datos con una visión ampliada, otorgando a los ciudadanos un conjunto de facultades que impondrán a otros y que no las posee el derecho a la intimidad, esto es, el poder de disponer sobre los datos personales.

Como consecuencia de lo antes dicho y comentado, es que derivará en el nuevo derecho a la protección de datos un contenido esencial ante el poder de disposición y control sobre los datos de las personas.

Aquí establece la sentencia las facultades de: "...decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso". De manera que, los ciudadanos ante tal poder de disposición y control van a poseer un conjunto de facultades que se expresan en: "consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular". Llevando a tal punto de expresión del titular, y del significado de lo que implica su consentimiento, que le permitirá: "saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos". De esta manera, el ser titular del derecho permitirá que se pueda exigir que se "informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele" (F.J. 7).

Es lo que el propio TC ha denominado el poder o control, esto es, el poder de disposición que poseen los ciudadanos sobre sus datos, cuyas facultades que derivan de dicho poder permiten una plena actuación para que los intereses jurídicos que se tutelan tengan una vigencia o existencia real, efectiva y concreta.<sup>72</sup>

---

72 Ello se sustenta en la sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril (F.J. 8), donde el TC afirmó que "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho

Entera así el derecho un conjunto de facultades que atiende a la defensa frente al conocimiento de los datos, sean éstos del ámbito íntimo o no, pero a la vez comprenden facultades que permitirán un conjunto de acciones sobre el manejo, seguimiento y destino de los datos de las personas, estén en manos del Estado o de los particulares, conjugando y manteniendo en su titular ese poder de consentimiento –expresado en las diversas facultades- de amalgamamiento sobre los datos que lo acompañará a donde quiera que vaya.

La sentencia también plantea que no se puede pretender y entender la concepción ilimitada de los derechos fundamentales, sino que ellos como tal presentan límites. Ese también es el caso del derecho a la protección de datos, claro está que esa limitación se plantea de manera directa o indirecta por la propia Constitución. Ello lo afirma el TC al establecer que:

este Tribunal ha declarado que el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución... (F.J. 11).

Bajo lo afirmado, el derecho a la protección de datos, encontrará sus límites en el propio derecho como tal, así como en los otros derechos, todos como parte de una misma Constitución, pero además cuidando siempre la legitimidad en el fin y el contenido esencial del derecho a la protección de datos, debido a que en palabras del TC: “Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido”. (F.J. 11).

En ese sentido, dicha limitación debe guardar consigo lo previsto en el artículo 53.1 de la CE<sup>73</sup>, o la reserva legal, esto es, como afirma el

---

queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

73 En el entendido que ella plantea unas garantías mínimas cuando indica que (artículo

TC “la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental”, (F.J. 11), limitación que será inconstitucional si se hace “prescindiendo de las precisiones y garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula (art. 53.1 C.E.)”. (F.J. 10).

En definitiva, el hecho de que el derecho a la protección de datos, pueda ser objeto de límites, ello no quiere decir que estará desprovisto de las garantías y facultades que plantea el propio derecho, tomando en cuenta que la finalidad sea legítima y además adecuadamente proporcional. Por lo que el TC, construye y acepta una nueva concepción “el derecho a la protección de datos”, lo concibe como un poder de control y disposición, le atribuye un contenido esencial (consentimiento, finalidad, uso, seguimiento en la recogida y en su utilización: corrección, cancelación, actualización), además de brindarle las garantías necesarias (*babeas data*). Cuyo derecho se diferencia del derecho a la intimidad e incluso lo rebasa, además de concebirlo como un derecho no absoluto, sino objeto de límites bajo la previsión de su contenido esencial y mediante la reserva legal.

Sin embargo, y a pesar de lo comentado, no podemos decir que existe un criterio constante y uniforme del TC, porque con posterioridad y mediante dos sentencias, el TC pareciera haber dado un giro a la autonomía del reconocido derecho a la protección de datos de carácter

---

53.1): “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a. Además de la previsión del artículo 81.1 de la CE, como afirma el TC en su FJ 11. Dicho artículo expresa que: “1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

personal, volviendo al tronco común de la intimidad. Nos referimos a las sentencias 159/2009 del 29 de junio<sup>74</sup> y la 173/2011 del 07 de noviembre.<sup>75</sup>

En la primera sentencia –la 159/2009–, al resolver el caso planteado el TC establece que:

a) Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento...

[...]

c) Consecuentemente existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2), o bien cuando, aun persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre,

---

74 Aquí se resuelve el Recurso de amparo 9914-2006, promovido por don Jon Osa Larrarte ante la la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, en grado de apelación, desestimó su demanda contra el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sobre exclusión del procedimiento de selección de agentes de la Guardia municipal; alegando que se había vulnerado el derecho a la intimidad personal: por parte de la resolución administrativa que cesa a un policía municipal en prácticas, tras haber superado el concurso de selección, con apoyo en un intercambio de datos sobre su estado de salud entre Administraciones sin cobertura legal y al margen de todo procedimiento.

75 Con ella se resuelve el Recurso de amparo 5928-2009, promovido por don Carlos Trabajo Rueda frente a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito de corrupción de menores. Se alega la supuesta vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la intimidad: acceso constitucionalmente justificado a los archivos informáticos sin contar con el consentimiento de su titular.

FJ 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho... (FJ 3).

El asunto es que conoce el TC sobre la utilización de datos personales relativos a la salud física y psíquica de la persona, sin embargo, a diferencia de lo ya plasmado con anterioridad y a través de la sentencia de 292/2000, en vez de abordar su revisión sobre el nuevo derecho reconocido, “el derecho a la protección de datos personales” encausa su revisión y estudio sobre la estructura del derecho a la intimidad, sin ninguna distinción o separación, por lo que vincula nuevamente el nuevo derecho con el derecho a la intimidad.

En la segunda sentencia –la nro. 173/2011–, el TC mantiene ese mismo criterio, porque al resolver la supuesta utilización de archivos informáticos sin el consentimiento del titular, olvida nuevamente lo establecido en la sentencia 292/2000 y ampara al titular bajo el derecho a la intimidad desconociendo la existencia de un nuevo derecho a la protección de datos de carácter personal, esto es, ese poder de disposición y control de las personas sobre sus datos, utilización y finalidad. Ello se aprecia cuando se expresa que:

Si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) –por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica–, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. [...] Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de

correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o *email*, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información... (FJ3).

De modo que, olvida el TC lo que ya había expresado en la sentencia 292/2000, cuando afirmó que el derecho a la protección de datos de carácter personal comprende los datos relativos a la vida privada o íntimos de las personas, pero también que los datos "... amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo".. (FJ. 6). Es decir, con esos mismos argumentos se diferenció el derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos de carácter personal y se estableció su autonomía.

Atendiendo a lo indicado, si bien es notable el avance y reconocimiento dado por el TC –principalmente a partir del año 2000-, al darle nacimiento al derecho a la protección de datos de carácter personal, no es menos cierto que aun no puede verse una posición sostenida y constante de éste en cuanto a la autonomía del derecho a la protección de datos y su separación del derecho a la intimidad, porque las descritas sentencias 159/2009 y 173/2011, evidencian la vuelta del TC al tronco común de la intimidad y la confusión nuevamente de ella con el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Sin embargo, conviene tomar postura y plantear nuestra visión sobre el nuevo derecho, a modo de conclusiones.

## V. NUESTRA VISIÓN: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

Partiendo de lo ya comentado, el asunto es, estamos hablando de un derecho fundamental que debe denominarse libertad informática, autodeterminación informativa o por el contrario protección de datos personales.<sup>76</sup>

Ciertamente, y tal como hemos visto Lucas Murillo asume la tesis de autodeterminación informativa, Pérez Luño la libertad informática, y el TC la tesis indistinta entre Libertad Informática y el derecho a la protección de datos. Algunos incluso han criticado éste último concepto.<sup>77</sup>

El asunto es que la autodeterminación informativa alude fundamentalmente al derecho subjetivo, es decir, a aquella facultad de decidir sobre la información relacionada con la persona, que forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, lo cual se traduce en el consentimiento.<sup>78</sup> Sin embargo, cuando nos referimos a la libertad informática, ella plantea algo más, que incluso comprende a la propia au-

---

76 Recordemos que también Ruiz, C., ha utilizada la terminología intimidad informática, como ya antes señalábamos, término que ciertamente genera confusión y se aleja incluso de la diferenciación que realiza el propio TC en la citada sentencia 292/2000, donde no solo diferencia la protección de datos (o libertad informática) de la intimidad, sino que además otorga el carácter positivo a la informática y no a la intimidad.

77 Véase obra cit. Pérez Luño, A. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales (La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales)*... Págs. 137-183. Para Pérez Luño no puede hablarse de protección de datos, porque lo que se protege es la persona y no los datos. Ver también Davara Rodríguez, M. *Normativa para la protección de la intimidad: Planteamiento General*. Vol. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Fundación CI-TEMA. Madrid. 1992. Pág. 11 y ss. Sin embargo, la protección se ha entendido por el mismo autor como “el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

También, se puede consultar Davara Rodríguez, M. A. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993. Pág. 47.

78 Véase obra cit. Lucas Murillo, P. Informática... Pág 56.

todeterminación informativa, esto es, atiende tanto a la libertad, como a la informática, de modo que permite la protección de nuestra libertad frente al uso de la tecnología (dicho concepto se asimila al derecho de protección de datos personales).<sup>79</sup> Ahora, en el caso del derecho a la protección de datos de carácter personal, éste se concibe como un verdadero poder de disposición y control sobre los datos personales, a través del cual se faculta a las personas a decidir cuáles datos proporciona o proporcionará, o cuáles puedes recabar el tercero, cuya facultad no se agota allí sino que se extiende al destino y uso que se le dará a los datos personales y ante ello solicitar su cancelación, rectificación o modificación.<sup>80</sup> De modo que, se protege realmente a los sujetos como portadores físicos y por ende al dato como elemento objetivo, pues el interés es que éste último se pueda mantener al día, bajo resguardo, seguridad y protección –que no se modifique–, entendiéndose con ello que el fin real es la protección de las personas a través de la protección de datos.

La idea es la protección de ese almacenamiento, su acceso, uso, finalidad. Ahora, si bien ha sido criticado el asunto, esto es, qué se protege al dato o a la persona, frente a ello y aunque “...en realidad, se protege a un sujeto que es la persona titular de los datos y no los datos; sin embargo, la deducción lógica de la identificación del sujeto que se pretende proteger, es consecuencia de la naturaleza de esta protección y no es necesaria mayor aclaración, que podía ser propia de un estudio del lenguaje o de la semántica –como componente de la gramática que indica el significado de las formaciones sintácticas- y que, en este caso concreto, no tendría demasiada utilidad”.<sup>81</sup>

---

79 Véase Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos...* Págs. 175-178.

80 Véase la sentencia del TC 292/2000.

81 Obra. Cit. Davara Rodríguez, M. *Manual de derecho informático*. Págs. 45, 46, 48, y 49. Además, como agrega dicho autor, así lo recoge el Convenio 1981 del Consejo de Europa en el primer apartado de su introducción: “El presente Convenio tiene por objeto reforzar la protección de datos, es decir, la protección jurídica de los individuos con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que les conciernen”. o el caso de la Directiva 95/46 de la Unión Europea del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual se concibe como Directiva sobre protección de datos. Así mismo, establece Davara que “No cabe duda que se protege a la persona titular de los datos; no obstante, el término protección de datos es adecuado, universalmente reconocido”. Pág 50.

De modo que, utilizar el término protección de datos no parece reclamar mayores consideraciones, ni genera mayor confusión y menos aun el término libertad informática.

Bajo lo dicho, asumiremos el derecho a la protección de datos de carácter personal, como término digno de seguir, entendiéndolo como: “el derecho a controlar la información personal informatizada, con el fin de asegurar la libertad del individuo frente a los peligros derivados de la acumulación de información personal”.<sup>82</sup>

De esta manera el derecho a la protección de datos lo entendemos como un derecho fundamental, autónomo, que se traduce en un poder de control y disposición sobre los datos personales, que comprende la facultad para los ciudadanos de decidir a quién los proporcionará, independientemente que se trate del Estado o se trate de particulares, estableciéndoles cuáles puede recoger, entendiéndose que su contenido es lo más importante.

Dicha capacidad de control o decisión permite al individuo conocer quién tiene sus datos y para qué los usa, teniendo el derecho a oponerse a su posesión y a su uso. Por lo que, el derecho a la protección de datos comprende desde el consentimiento en la recogida que hagan los terceros, pasando por el conocimiento y acceso a los mismos -su almacenamiento, tratamiento, uso y destino-, hasta el poder ejercer la oposición, cancelación, rectificación o actualización, si lo afectan.

Otro aspecto, tiene que ver con los conceptos de intimidad y privacidad, toda vez que como bien se indicó, en la sentencia 292/2000, se plantea que aunque los datos de los cuales se trate sean de carácter personal, ello “...no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.. (F.J. 6).

En ese orden y dirección, el TC resuelve de manera clara la original vinculación del derecho a la intimidad y la protección de datos,

---

82 *Ibidem*. Págs. 176-177.

diferenciando ambas figuras (en su contenido y función), otorgando la autonomía al derecho a la protección de datos, aunque conectando a ambos derechos en cuanto comparten el objetivo de proteger la vida privada de las personas.

En todo caso, eso genera algunos escollos porque se habla de la intimidad, confidencialidad, secreto, vida privada, esfera privada, entre otros, utilizándose como conceptos idénticos, ello sin dejar de lado el anglicismo que deriva de la traslación de la *privacy*, que es el término privacidad –comentado–. En todo caso, en el ordenamiento Español, “... no existe distinción legislativa ni jurisprudencial entre los conceptos de vida privada e intimidad. Ambos se identifican, acogen el significado de una esfera en la que sólo cada persona tiene potestad para decidir lo que le afecta, evitar las intromisiones no deseadas, y en definitiva, tener control al respecto de lo que se quiere que otros conozcan, o de lo que se quiere dar a conocer. Ambos conceptos se identifican con soberanía interna”. De modo que, aunque a nivel Europeo se distinguen –bajo la teoría de las esferas–, y no cabe duda que aunque pueden verse como dos niveles de la personalidad, el asunto es lo difícil de establecer los límites entre uno y otro, porque “los contenidos son idénticos, las posibilidades de lesión son las mismas, y el bien jurídico protegido también, al igual que los sistemas de garantía”.<sup>83</sup>

En todo caso, sea un caso u otro, no es igual el derecho a la intimidad y vida privada con respecto al derecho fundamental a la protección de datos. El derecho a protección de datos como el derecho a la intimidad actúan en función de tener el mismo objetivo “proteger la vida privada de las personas”, pero comprendiendo a su vez que la vida privada comprende una ampliación del concepto de intimidad.

De modo que, ante lo planteado y en el marco del recorrido establecido resulta claro que Europa ha transitado y asumido desde la progresividad de los derechos fundamentales la existencia de un nuevo derecho, y sobre el mismo queda mucho por andar, ya los cimientos se han establecido y la construcción ha comenzado a apreciarse, por lo

---

83 Obra cit. Rebollo Delgado, L. *Vida privada...* Págs. 37 y ss. En todo caso, no pretendemos dar por terminada la discusión, sino abrir la discusión, que como hemos dicho presenta enormes dilemas y vertientes.

que merece la pena que podamos tomar en consideración su tránsito, desarrollo y construcción.

En el caso Latinoamericano, la evolución y desarrollo del derecho ha sido distinta, porque se ha asumido desde la figura del habeas data, bajo una riqueza garantista que ha planteado un avance netamente procesal, lo cual –a nuestro modo de ver–, ha retrasado el florecimiento del nuevo derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.<sup>84</sup>

De hecho, en el contexto venezolano, la Constitución de 1999 incorporó (incluso sin saberlo) en su artículo 60 dicho derecho, derecho que ha sido reconocido tímidamente por el propio Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional (véase sentencia del 08 de mayo de 2012, Expediente 11-0855, caso JOSÉ RAFAEL CASTAÑARES FERNÁNDEZ), y decimos que tímidamente, porque se ha olvidado que parte de su contenido esencial está en el artículo 28<sup>85</sup>, es decir, dicho artículo más allá de concebir el habeas data (que es la garantía), concibe el conjunto de facultades que tenemos los venezolanos para poder ejercer el poder de control y disposición sobre nuestros datos de carácter personal.

En todo caso, conviene seguir estudiando este nuevo derecho desde Latinoamérica, el habeas data como fórmula para su existencia y la necesidad del reconocimiento desde los diversos Tribunales Constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arenas Ramiro, M. *El Derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.
- Casal, J. “El nuevo derecho constitucional venezolano” (*IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al Doctor Humberto La Roche*). Caracas. 2001. Pág. 196.
- Daranas, M. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (IV Jurisprudencia Constitucional Extranjera)*. Nro 33. 1984.

84 De hecho, sostenemos que en Latinoamérica, el desarrollo no se ha dado desde la óptica del nuevo derecho fundamental, sino desde su garantía (habeas data), confundiendo e incluso suplantándolo. Pero ello, lo desarrollaremos en otra oportunidad.

85 Artículo denominado *habeas data*.

- Davara Rodríguez, M. A. *Manual de derecho informático*. Aranzadi. Pamplona. 1993.
- *Normativa para la protección de la intimidad: Planteamiento General*. Vol. Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Fundación CI-TEMA. Madrid. 1992.
- Denninger, E. “El derecho a la autodeterminación informativa, Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica”. *Actas del Coloquio internacional celebrado en Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986*. Tecnos. 1987.
- *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural* (Traducción de Gutiérrez Gutiérrez I.). Trotta. Madrid. 2007.
- Freixas Gutiérrez, G. *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*. Bosh. Barcelona. 2001.
- Frosini, T. E. “Nuevas tecnologías y constitucionalismo”. *Revista de Estudios Políticos* 124. (Nueva Época), abril/junio. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004
- Frosini, V. “Banco de Datos y Tutela de la Persona”. *Revista de Estudios Políticos*. Vol. 30. Nueva Época. (Noviembre-Diciembre). 1982.
- *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio (Los derechos humanos en la era tecnológica)*. Monografías jurídicas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid. 1996.
- Gozaíni, O. *La Justicia Constitucional*. Depalma. Buenos Aires. 1994.
- Herrero Higuera, M. “La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la ley del Censo de Población de 1983”. *Documentación Administrativa*. Nro. 198.
- Herrero Tejedor, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. 2da Edición. Madrid. 1994.
- Herrán Ortiz, A. *El derecho a la intimidad en la nueva LOPD*. Dykinson. Madrid. 2002.
- López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Dykinson. Madrid. 1996.
- Martínez de Pisón Cavero, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas. Madrid. 2005.

- Martínez Martínez, R. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. Thomson-Civitas. Madrid. 2004.
- Murillo, P. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Tecnos. Madrid. 1990.
- “Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)”, col. 43 *Cuadernos y Debates*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Murillo y Piñar Mañas, J. L. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.
- Orti Vallejo, A. *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*. Comares. Granada. 1994
- Ortiz-Ortiz, R. *Hábeas data, derecho fundamental y garantía de protección de los derechos humanos de la personalidad (Derecho a la información y libertad de expresión)*. Editorial Frónesis. Caracas. 2001.
- Pais Rodríguez, R. y Rebollo Delgado, L. *Introducción al Derecho I (Derecho Público)*. 2da edición. Manuales Jurídicos. Dykinson. Madrid. 2009.
- Piñar Mañas, J. *El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos. Legislación de Protección de Datos*. Iustel. Madrid. 2008
- Pendás, B. y Baselga, P. *El derecho a la intimidad*. Civitas. Madrid. 1995.
- Pérez Luño. A. *Derechos humanos, estado de Derecho y constitución*. Tecnos. Madrid, 1984.
- “Informática y libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 24, noviembre-diciembre. 1981
- “Intimidad y protección de datos personales: Del habeas corpus al habeas data”. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1992.

- “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 9., mayo-junio 1979.
- *La tercera generación de derechos humanos*. Aranzadi. Navarra. 2006.
- “Libertad informática y leyes de protección de datos personales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1989.
- Prad Fernández, J. L. *Revista de Derecho Político*. Nro 65. UNED. Madrid. 2006.
- Ruiz, M. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1995.
- Rebollo Delgado, L. “El derecho a la intimidad”. *Libertades informativas*. Colex. Madrid. 2009.
- “Derechos de la personalidad y datos personales”. *Revista de Derecho Político*. Nº 44. 1998.
- *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2008.
- Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2. “La juscibernética en España”, o “Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico”. *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia.
- Serrano Pérez, M. M. *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*. Civitas-Thomson. Madrid. 2003.
- Velázquez Bautista, R. *Protección jurídica de datos personales automatizados*. Colex. 1993.
- Villar, G. “Caracteres generales del reconocimiento constitucional de los derechos y libertades y Eficacia y límites de los derechos y libertades fundamentales”. *Derecho Constitucional (vol. II)*. Tecnos. Madrid 1999.

## **SOBRE LA PSEUDO-DISPUTA EN TORNO AL “ESTADO SOCIAL” (Reflexiones a partir de los problemas que derivan del uso del lenguaje)**

Jesús María Alvarado Andrade\*

### RESUMEN

A partir de los aportes iusfilosóficos en el análisis del lenguaje en el Derecho, se reflexionará sobre determinados aspectos que al ser ignorados, han fortalecido el mal planteo lingüístico del debate sobre la polémica cláusula del “Estado Social”, lo que ha generado una pseudo disputa, en tanto las partes en el debate previamente, no se han entendido a cabalidad el uno y el otro, evitando el conocido “aguijón semántico”, el cual imposibilita cualquier discusión fructífera.

### PALABRAS CLAVES

Derecho, Estado Social, Lenguaje, Significado, Ambigüedad, Vaguedad y Definición.

### ABSTRACT

Starting from the iusphilosophical contributions on the legal language analysis, we will think over certain matters that -by being ignored- have strengthen the linguistic misunderstanding related Social State's controversial clause debate, only generating a pseudo dispute between this two sides who haven't quite fully understood each other, as they keep avoiding the well known semantic sting, which makes impossible any further helpful discussions on the subject.

### KEYWORDS

Law, Social State, Language, Meaning, Ambiguity, Vagueness and Definition.

---

\* El presente ensayo fue revisado por los Profesores Dr. **DANIEL GONZÁLEZ LAGIER** y Dra. **ISABEL LIFANTE VIDAL** de la Universidad de Alicante-España, a quienes agradezco mucho sus enseñanzas y estímulo para la reflexión y acercamiento al análisis del lenguaje en el Derecho. De igual manera, agradezco a mis profesores de la Universidad Austral, doctores: **RODOLFO VIGO**, **PILAR ZAMBRANO**, **JUAN CIANCIARDO**, **JUAN BAUTISTA ETCHEVERRY**, **FERNANDO TOLLER** y **PEDRO RIVAS PALÁ**, por sus enseñanzas para conmigo tanto en el acercamiento en el tema lingüístico en el Derecho como en el propiamente filosófico del derecho. Por último agradezco tanto al Prof. Serviliano **ABACHE CARVAJAL** como al Prof. Dr. **ALLAN R. BREWER-CARIÁS**, por tomar parte de su valioso tiempo y solicitarles consejos. Estaría demás sostener que ninguno de los profesores agradecidos, son responsables de las opiniones suscritas en este ensayo.

\*\* Profesor del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Simón Bolívar; Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela; Profesor

Un desacuerdo generalizado, semejante al que describió Genaro CARRIÓ en su conocida obra *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, es el que existe en la actualidad con respecto a la polémica cláusula del “Estado Social de Derecho”, su concepto, sus consecuencias y sus formas de manifestación, agudizado y extendido por el descuido, que de ordinario tienen los *juristas* sobre los problemas que derivan del uso del *lenguaje*<sup>1</sup>, lo cual ha desatado posiciones a favor y en contra, en muchos casos irresolubles debido al mal planteo lingüístico de los “debates”.

Dicha falta de atención de los problemas lingüísticos, desconoce que el Derecho, o por lo menos un enfoque del mismo, el *derecho como argumentación*, se concibe como una “técnica para la solución de problemas prácticos”<sup>2</sup>; siendo el análisis del *lenguaje* un aspecto importante, pues sirve para la resolución de problemas, evitando controversias jurídicas que en honor a la verdad terminan convirtiéndose en “monumentos a la esterilidad”<sup>3</sup>; desconociendo incluso que “...la argumentación en general es una actividad esencialmente lingüística (normalmente argumentamos mediante el lenguaje)” y que en el caso del Derecho, vale acotar “tiene una importante dimensión lingüística que el jurista debe saber analizar para formular sus argumentos”<sup>4</sup>.

La cláusula del “Estado Social de Derecho”<sup>5</sup>; contempla palabras que resultan *ambiguas*, como por ejemplo, la palabra “Derecho”, sin embargo, si bien es susceptible de asumir diversos *significados*, generalmente se

---

de la Universidad Católica Andrés Bello; Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional y Doctorando en Derecho por la Universidad Austral.

- 1 Cfr. GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 91. Por otra parte, sostiene GUIBOURG, GHIGLIANI y GUARINONI, que el “lenguaje” puede entenderse como “...un sistema de símbolos que sirve a la comunicación”. Cfr. RICARDO GUIBOURG, ALEJANDRO M. GHIGLIANI, y RICARDO GUARINONI, *Introducción al Conocimiento Científico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 19.
- 2 Cfr. MANUEL ATIENZA, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 23.
- 3 Cfr. GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 96.
- 4 Cfr. DANIEL GONZÁLEZ LAGIER & ISABEL LIFANTE VIDAL, “Presentación e Instrucciones al Primer Módulo: Introducción al Análisis del Lenguaje”, *II. Edición del Máster de Argumentación Jurídica*, Alicante, 2012.
- 5 Cfr. LUIS MARÍA LÓPEZ GUERRA, “Las dimensiones del Estado Social de Derecho”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, N° 38-39, Fundacion Sistema, 1980, pp. 171-192.

aduce que puede ser “distinguible por el contexto”<sup>6</sup> en la que se utiliza, aun cuando la superación de este escollo, debe advertirse, no resuelve el problema en sí sobre el debate en torno a la cláusula del “Estado Social de Derecho” y en especial la de “Estado Social”, tan discutida en la dogmática jurídica *iuspublicista*, por cuanto la misma presenta una dificultad aun mayor a saber, cual es, la afectación de *vaguedad* de dichos términos, en tanto no se tiene en claro la *intensión* y la *extensión* de los mismos, razón por la cual, se ha afirmado que la cláusula ampliamente recogida en las Constituciones occidentales<sup>7</sup> resulta “pleonástica”, “absurda”, e incluso, un “sinsentido” ya que la misma soslaya que los dos fenómenos: “Estado” y “Derecho”, no pueden ser más que “sociales”<sup>8</sup>.

Esta *imprecisión* de la cláusula, ha orientado “disputas” que se han desarrollado por un camino no exento de dificultades, por intentos infructuosos y desafortunados, debido a la permanente búsqueda por la supuesta *naturaleza intrínseca o propia* de lo que debe entenderse por “Estado Social”. Esta característica de la “disputa”, corrobora que buena parte de la controversia, se ha basado en una *seudo disputa* originada en

6 Cfr. MANUEL ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Distribuciones Fontamara, México, 2007, p. 16.

7 La Constitución de España de 1978 señala que: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1); la Ley Fundamental de Bonn de Alemania de 1949, sostiene que: “La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social” (art. 20.1); la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, sostiene que: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (art. 1); y por último, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, reza que: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” (art. 2) entre otras Constituciones.

8 Cfr. JAVIER PÉREZ ROYO, “Estado Social de Derecho” en *Constitución, Estado Constitucional y Fuentes del Derecho. Temas Básicos de Derecho Constitucional*. (Director: Manuel Aragón Reyes. Coordinador: César Aguado Renedo), Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 191.

un equívoco verbal<sup>9</sup>, bien porque se preguntan de mala manera los juristas, preguntas tales como: ¿qué es el “Estado”?; ¿qué significa lo “social”? o ¿qué es el “Estado Social”?, las cuales han llevado inexorablemente a generar en los interlocutores de las discusiones, la tentación por encontrar una sólo respuesta a la pregunta, ofreciendo *un significado* de la palabra (concepto) “Estado Social”, presuponiendo que las palabras cuentan con un sólo *significado* legítimo o posible.

En esa búsqueda por encontrar una imposible *justificación única* o *definición única* de “Estado Social”, que valga para todo tiempo y lugar, es decir, que brinde una seguridad total para eventuales sistematizaciones etc., expresada en la frase “*naturaleza* de la fórmula social”<sup>10</sup>, o en otro giro, búsqueda de la “naturaleza”<sup>11</sup> de la cláusula, es decir, la *definición única*, se ha logrado una manipulación del *significado* de lo que debe entenderse por “Estado Social”, al darse por sentado ciertos fundamentos –si se es *liberal* o si se es *socialista* por ejemplo- recortando o ampliando *semánticamente* la palabra “social” (función ideológica del lenguaje), lo cual ha impedido, una verdadera discusión, en tanto, para que exista una genuina discrepancia –y no resulte un mero fruto de un equívoco verbal- tiene que mediar previo acuerdo sobre el *significado* que en la disputa se da a las palabras, para así evitar lo que se conoce como “aguijón semántico” (*semantic sting*)<sup>12</sup>, pues como señala ENDICOTT, para discrepar, es necesario que las partes se entiendan previamente, es decir, se entiendan a cabalidad el uno al otro<sup>13</sup>, y con ello evitar la ilusión de una aparente *disputa*.

9 Cfr. GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 995.

10 Cfr. JAVIER PÉREZ ROYO, “Estado Social de Derecho” en *Constitución, Estado Constitucional y Fuentes del Derecho. Temas Básicos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 192.

11 En uno de los mas importantes pensadores de lo que se ha dado en llamar la “Escuela Austríaca de la Economía”, leo un ejemplo de lo advertido: “La naturaleza del socialismo se resume como sigue: todos los medios de producción se encuentran a disposición exclusiva de la comunidad organizada; el socialismo es esto y nada mas que esto”. Cfr. Ludwig VON MISES, *El Socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 2007, p. 241.

12 Cfr. TIMOTHY ENDICOTT, “Herbert Hart and the semantic sting” en *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, (Ed. Coleman, Jules), Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 39.

13 Una de las siete artes liberales, la “dialéctica”, fue entendida como “arte del discurso”, erigiéndose incluso como una fuente del saber científico, “que desvela la realidad

La búsqueda por la “*naturaleza*” de las palabras<sup>14</sup> en esta permanente *pseudo disputa* en el ámbito *iuspublicista*, ha motivado la errónea creencia, de que la cláusula del “Estado Social” debe ser interpretada por los juristas de modo igual, descartando la valiosa idea, de que el *significado* de las palabras, depende indubitadamente de la *convención social existente*, y de que cualquier definición sobre el particular deberá recoger con fidelidad y hacer explícitas las reglas de uso en vigor, para marcar su utilidad, sus oportunidades, circunstancias o fenómenos en presencia de los cuales sería correcto valerse de la expresión definida<sup>15</sup>.

La *pseudo disputa* precítese, se debe entre otras cosas, porque en muchos casos no median estipulaciones o *definiciones circunscriptas* que delimiten *el concepto* a emplear sobre la cláusula del “Estado Social” en la literatura constitucional, sino constantes intentos por ofrecer *definiciones por naturaleza*. Ahora bien, cuando las hay (*definiciones circunscriptas*), se materializan como decisiones que en última instancia hace el jurista por uno de los varios *significados* posibles de la misma, lo cual es conocido como *definiciones estipulativas*, ya que las palabras no tienen otro *significado* que el que les otorgan como base de las con-

---

oculta disertando sin dejar nada poco claro ni omitir nada ignoto”, la cual fue identificada incluso con la lógica, en tanto considerada como “reglas del correcto razonar y argumentar con el fin de distinguir lo verdadero de lo falso”. Así pues, PLATÓN, utilizó la “dialéctica” en esa acepción “filosófica”, de “discutir atendiendo a la cosa misma, es decir, atendiendo a defender u atacar una tesis con el fin de establecer su verdad o falsedad”, con un dato importante a destacar, cual es, que si bien la “dialéctica” debía buscar la verdad, es decir, la definición del universal, era determinante –conforme al diálogo del Menón– lograr un acuerdo con el interlocutor previamente, aspecto éste referido en la actualidad, cuando se sostiene que es vital, mediar previo acuerdo sobre el significado que en la disputa se da a las palabras, para así evitar lo que se conoce como “aguijón semántico”. Cfr. FRANCO VOLPI, “Schopenhauer y la Dialéctica”, en ARTHUR SCHOPENHAUER, *El arte de tener razón*, Alianza Madrid, 2002, p. 89 y ss.

- 14 En cierto sentido esta referencia constante a la “naturaleza” suele presentarse como una suerte de reminiscencia de la idea de “esencia” –versión atenuada del platonismo por Aristóteles– para quien la esencia es “algo que sea una cosa y no de otra”. Cfr. RICARDO GUIBOURG, ALEJANDRO M. GHIGLIANI, y RICARDO GUARINONI, *Introducción al Conocimiento Científico*, ob. cit., p. 46.
- 15 Cfr. GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 92.

venciones lingüísticas de la comunidad (*definiciones léxicas*), ya que no hay significados *intrínsecos, verdaderos, o reales*<sup>16</sup>.

Según las ocasiones, la cláusula “Estado Social” pudiere contar con un *significado descriptivo* aceptable, en el sentido de llevar a la mente del receptor del mensaje una determinada *proposición*, aunque en muchos casos no sea a través del uso de consideraciones “jurídicas”, sino apelando a hechos históricos, políticos, sociológicos e incluso filosóficos, que explican la puesta en escena histórica de esa cláusula y la opción del constituyente en favor o en contra de la misma; pero las más de las veces en dicho “pseudo-desacuerdo”, se detecta una importancia crucial que sobre el *contenido descriptivo* hace la carga emotiva que ha adquirido la misma, en tanto la palabra “social”<sup>17</sup>, despierta o agudiza ciertas actitudes de aprobación o desaprobación, destacando además que ese *significado emotivo*, constantemente utilizada con mucha imprecisión en las *luchas ideológicas*, afianza aún mas el *pseudo desacuerdo*, por el sometimiento ideológico del lenguaje, ya que a través de ciertas posiciones políticas previas que se dan por supuestas en la “controversia”, los juristas manipulan el *significado* de la palabra de la cláusula para estipular un nuevo *significado*, lo que se conoce como *definiciones persuasivas*, en tanto recomiendan un ideal, modificando el *significado descriptivo* de la palabra sin cambiar su *significado emotivo*; ello sumado al *desacuerdo de actitud* que señala STEVENSON<sup>18</sup>, que se materializa en las opciones preferidas o no preferidas y la forma por la cual cada jurista toma partido por cómo ha de ser entendido dicha cláusula, que quizás mueva por cauces movedizos la discusión.

Esta discusión sobre la cláusula del “Estado Social”, como se ha advertido, es una *pseudo disputa*, y cuenta además con otro elemento a

---

16 Cfr. GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 94

17 Se ha argumentado que “Un interesante síntoma del aumento de influencia de la concepción racionalista es la creciente sustitución, en todos los idiomas que conozco, de la palabra “moral”, o simplemente “el bien”, por la palabra “social”. Cfr. FRIEDRICH A. HAYEK, *Los Fundamentos de la Libertad*, Universidad Francisco Marroquín-Unión Editorial- Fundación Friedrich A. von Hayek, Madrid, 2008, pp. 98 y ss.

18 Cfr. CHARLES L. STEVENSON, *Ethics and Language*, Yale University Press, citado por GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 110.

destacar, cual es, que media un *desacuerdo valorativo encubierto*, sobre el cual los juristas no discuten, quizás producto de las *luchas ideológicas*, la manipulación del *significado* de la palabra “social” en especial, el cual ha originado que sectores *liberales y socialistas* se opongan y/o favorezcan al “Estado Social”, no en relación con los alcances del mismo, sino en cuanto a los fines que persigue y lo que ellos *significan*: “justicia social”, “bienestar de la sociedad” o *exigencias* de los “menos favorecidos”, o “debilitamiento del Estado de Derecho”, palabras que cuentan con un alto contenido *emotivo* y no *descriptivo*, como de algún modo han terminado, palabras o conceptos que se le oponen a aquellas, tales como las de: “libertad”, “democracia”, “derechos humanos”, “Estado de Derecho” etc., aun cuando habrá que tomar en cuenta que el “Estado Social”, es una *proposición analítica*, es decir, un enunciado que no puede ser refutado alegando hechos en contrario, por la sencilla razón de que no es una aserción de hecho; es decir, no suministra ninguna información sobre los fenómenos del mundo”<sup>19</sup>.

---

19 Cfr. GENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 97, señala que “...Siempre cabe la posibilidad de argumentar acerca de las ventajas de una definición que hace depender la aplicación de una palabra de un determinado criterio en cierto modo subjetivo”.



# ¿Se puede hablar de seguridad jurídica en Venezuela a la luz de las constantes irregularidades al legislar ocurridas en los últimos 13 años?

Teresita Acedo Betancourt

## RESUMEN:

En la actualidad del Derecho Venezolano no existe seguridad jurídica, pues el ciudadano común no sabe a qué atenerse bajo los constantes cambios, irregularidades e ilegalidades derivadas del desordenado ejercicio de la función normativa por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo, todo ello aunado a una errática jurisprudencia. Palabras clave: Seguridad jurídica, Función Legislativa, expectativas legítimas

## ABSTRACT:

Currently Venezuelans do not have certainty on their laws. Venezuelans do not know which laws are valid and in force. This is due to the constant changes, irregularities and illegalities that arise from the exercise of legislative powers by the National Assembly and the Country's executive. As a consequence, court's rulings are erratic, resulting in a hindrance to the rule of law.

## Key Words:

Legal security, legislative power, legitimate expectations.

SUMARIO: I) Planteamiento. II) Irregularidades cometidas por el Poder Legislativo. III) Legislación por el Poder Ejecutivo y Judicial. IV) Conclusiones. V) Bibliografía.

## I. PLANTEAMIENTO

En mayo de 2011, debido a un trabajo legal realizado en su ejercicio profesional, la autora del presente artículo revisó una opinión que había

sido emitida en 2007, para verificar qué leyes, de las citadas en dicha opinión, seguían vigentes. Se encontró con que, de siete leyes citadas en la opinión legal, sólo tres seguían vigentes<sup>1</sup>, ya que las otras cuatro habían sido derogadas o reformadas<sup>2</sup>.

De manera de que, en ese caso, más del 50% de las leyes vigentes cuatro años antes, ya no lo estaban. De lo cual surgieron una serie de interrogantes: ¿cómo saben a qué atenerse las personas naturales y jurídicas cuando ocurre esto? ¿Quién se siente seguro para invertir en un país en que las condiciones cambian todos los días? Y esa palabra, seguridad, es clave, y constituye el punto de partida de esta investigación: ¿hay seguridad jurídica en Venezuela? Se procurará demostrar, a través de ejemplos concretos y muy recientes, por qué la autora considera que la respuesta a tal pregunta es negativa: no hay seguridad jurídica en Venezuela.

Este artículo se centrará específicamente en la inseguridad jurídica ocasionada por las diversas irregularidades en que se ha incurrido al legislar durante el presente régimen. Al decir “el presente régimen”, nos referimos a los trece años del gobierno de Hugo Chávez Frías.

Durante estos trece años, se han dictado una serie de leyes, que por su contenido, son inconstitucionales, ya que violan disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo, la “Constitución”), tales como la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Ley de la Actividad Aseguradora, Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, entre otras.

Sin embargo, lo anterior es materia de un artículo separado. En éste, quisiéramos dedicarnos a la forma, y no al fondo, de cómo se legisla actualmente en Venezuela, y la falta de seguridad que ello ocasiona para los particulares.

Este artículo estará dividido en dos partes: la primera, se dedicará a cómo dicta leyes nuestro órgano legislativo, que es la Asamblea Nacional. La segunda, se dedicará a analizar el fenómeno que ocurre actualmen-

---

1 Ley del Estatuto de la Función Pública, Ley Contra la Corrupción y Ley de Arbitraje Comercial.

2 Ley Orgánica de la Administración Pública, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Ley de Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y Ley de Licitaciones.

te, en el cual no sólo legisla el Poder Legislativo, sino también el Poder Ejecutivo y Judicial.

Pero antes de proceder a los ejemplos concretos, es importante dedicar algunas páginas para hacer algunos comentarios sobre qué entendemos por seguridad jurídica.

El reconocido autor, Antonio-Enrique Pérez-Luño, en su obra titulada *La Seguridad Jurídica* (p. 19-20) explica con relación a la seguridad en general que “El anhelo de seguridad constituye una constante histórica que adquiere especial relieve en el mundo moderno”. Explica cómo en la Edad Antigua y la Edad Media las personas vivían sumidas en inseguridad, pero que luego, con el Renacimiento, el hombre “cobra consciencia de que se da una relación inmediata entre conocimiento y seguridad e ignorancia e inseguridad”. Viéndose afectada la seguridad durante los regímenes totalitarios del siglo XX, como la Alemania nazi.

Mónica Madariaga Gutiérrez, en su obra *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI* (p. 20), plantea lo siguiente:

Pero no es posible dejar de reconocer que mientras las normas pertenecen al mundo de los objetos ideales, al mundo del deber ser prescriptivo, la seguridad en sentido genérico se encuentra situada en el mundo psicológico de las personas, constituyendo, respecto de cada individuo en particular, un estado o situación subjetiva, que pertenece al ser real de las cosas.

Es decir, que la seguridad en general es una suerte de percepción o sensación muy personal de cada individuo.

La misma autora define la seguridad como (p. 25):

La seguridad es el estado psicológico del hombre, producido por causas determinantes externas, que le permite prever el futuro y tomar su posición frente a él. Es, al decir de BENTHAM, la base sobre la que descansan todos los planes, todo ahorro y todo trabajo, y lo que hace que la vida no sea sólo una sucesión de instantes sino una continuidad....

En otras palabras, la seguridad jurídica es una impresión causada en los individuos por factores externos, que lo llevan a tener una determinada expectativa sobre su situación. Es la certeza de saber a qué atenerse, qué esperar.

Vemos entonces como Madariaga se acoge a la acepción de seguridad jurídica subjetiva. En efecto, Pérez-Luño explica que hay dos acepciones de seguridad jurídica: objetiva y subjetiva. Manifiesta (p. 29 y 30):

A los solos efectos de contribuir a despejar, en lo posible, la frondosidad conceptual de la seguridad jurídica entiendo que pudiera ser provechoso distinguir dos acepciones básicas del término. En la primera, que responde a la seguridad jurídica strictu sensu, se manifiesta como una exigencia *objetiva* de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta *subjetiva*, se presenta como *certeza del Derecho*, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva.

Por supuesto que están íntimamente relacionadas: la certeza que pueda sentir una persona determinada dependerá de la estabilidad del sistema jurídico.

Antonio-Enrique Pérez-Luño plantea que (p. 9) “Es probable que existan pocos términos tan amplia y asiduamente invocados hoy como la seguridad”. Se refiere no a la seguridad jurídica, sino a la seguridad en general, y menciona que comúnmente nos referimos a términos como “seguridad del empleo”, “seguridad social”, “seguridad del tráfico vial”, etc., y termina concluyendo que todas estas manifestaciones tienen en común lo mismo (p. 11):

La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el “saber a qué atenerse” es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico.

Madariaga Gutiérrez explica (p. 26), que la seguridad jurídica es necesaria en la sociedad moderna: “La seguridad jurídica es el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos y certeza a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y cuáles son sus deberes”.

Justamente, para que la economía funcione, y las personas naturales y jurídicas inviertan, es fundamental la seguridad jurídica, ya que es natural que a nadie le guste asumir riesgos. Si los particulares no saben a qué atenerse, porque, por ejemplo, las leyes cambian constantemente,

no habrá seguridad jurídica. Como explica Madariaga Gutiérrez (p. 26), la seguridad jurídica es “la base esencial del crecimiento económico de las naciones y del desarrollo estable de una economía de mercado basada en la iniciativa y en la creatividad particular...”.

El ordenamiento jurídico establece cuáles son las reglas de juego. Deben ser reglas claras y lógicas, para que sean comprendidas por todos. Gracias al ordenamiento jurídico, las personas saben a qué atenerse, saben qué pueden hacer y que no pueden hacer. Ello, como afirma Ángel Latorre, en su obra *Introducción al Derecho* (p. 16), porque existen normas que consagran órdenes o prohibiciones respaldadas por la amenaza de una sanción, así como normas que consagran facultades. De manera que los individuos saben qué pueden y no pueden hacer. Además, los individuos no pueden alegar el desconocimiento de determinada norma para justificar su incumplimiento, tal como lo dispone el artículo 2 del Código Civil: “La ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento”.

Adicionalmente, debe haber cierta estabilidad en el ordenamiento jurídico, para que haya seguridad jurídica. No basta con que se dicten numerosas normas jurídicas, sino que la población debe sentir justamente que las mismas gozan de cierta permanencia, que las mismas no cambian frecuentemente y que la manera como son dictadas es legítima.

Madariaga Gutiérrez (p. 27), explica que la seguridad jurídica lleva ese nombre porque se deriva del Derecho, sin embargo, “no reside en el Derecho mismo”, ya que depende de la percepción de los particulares. Y sobre el tema de la relación de la seguridad jurídica con el Derecho, explica (p. 33) que, si bien el Derecho es obligatorio para la seguridad jurídica, no siempre que hay Derecho hay seguridad jurídica y coincidimos con ella:

La existencia del Derecho es condición indispensable de la seguridad. Pero no puede sostenerse que cualquier sistema positivo dé al hombre ese status psicológico que le permite saber lo que debe o lo que puede hacer, y conocer, al mismo tiempo, las consecuencias que se imputarán a sus actos.

Ello puede ocurrir, porque en la realidad no se aplican las normas consagradas en el ordenamiento jurídico, o incluso, las propias normas pueden ocasionar inseguridad jurídica, por sus constantes cambios, por

su inconstitucionalidad, por contradicciones entre ellas, etc. Todo lo cual al final deriva en que los particulares no sabrán a qué atenerse.

Asimismo, explica (p. 31) que la seguridad jurídica, a efectos del particular, tiene dos componentes: (i) “saber o certeza” y (ii) “expectativa o confianza”. Y explica que “saber se refiere a la existencia de las normas y a su conocimiento por parte de quien deba darles cumplimiento” y “confianza deriva del hecho de su coactividad, es decir, de que el Estado procurará la aplicación obligatoria de los preceptos de Derecho, sin formular discriminaciones...”.

En un país en que diariamente se puede observar en los periódicos la impunidad que reina para los transgresores de la ley (los asesinos, por ejemplo), difícilmente se puede sostener que existe confianza, como la entiende Madariaga Gutiérrez, ya que evidentemente el Estado venezolano no está procurando la aplicación del Derecho.

De acuerdo a Pérez-Luño (p. 31-37), existen dos exigencias básicas para la seguridad jurídica: (i) corrección estructural y (ii) corrección funcional.

Explica que la corrección estructural tiene que ver con la “garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras del sistema jurídico”, sobre todo con relación al principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*. Lo cual se divide en una serie de requisitos (i) *Lege promulgata* (que la ley haya sido promulgada y publicada), (ii) *Lege manifiesta* (que la ley sea clara), (iii) *Lege plena* (que el ordenamiento jurídico sea pleno, sin lagunas, con mecanismos de interpretación que eviten vacíos), (iv) *Lege stricta* (reserva legal y jerarquía de la ley), (v) *Lege previa* (irretroactividad de las normas) y (vi) *Lege perpetua* (se explicará más abajo).

Pérez-Luño explica que la corrección funcional se refiere a la “garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación”. Que los poderes públicos están limitados por la ley, de conformidad con el principio de legalidad, como debe ser en un Estado de Derecho.

Además, Pérez-Luño añade dentro de esta exigencia la eficacia del Derecho, incluyendo dentro de los “fenómenos disfuncionales” el silencio

administrativo y los retrasos injustificados de los tribunales. Ambos muy comunes en Venezuela.

A modo de ejemplo, podemos citar el largo tiempo que se ha tomado el Tribunal Supremo de Justicia en decidir sobre casos de exequátur, que es un procedimiento que debería ser relativamente rápido:

- a. Decisión de la Sala Civil/ caso Mariano de Jesús Torres Romero y otros vs Shell Oil Company y otros: el procedimiento duró 5 años y 5 meses.
- b. Decisión de la Sala Civil/ caso Félix del Carmen Jiron y otros vs. Dow Chemical Company y otros: el procedimiento duró casi 5 años.
- c. Decisión de la Sala Civil/ caso Commercial Turbine Services, LTD., (CTS) vs. Aserca Airlines, C.A: el procedimiento duró 1 año y 9 meses.
- d. Decisión de la Sala Político Administrativa/ caso Northstar Trade Finance INC.: el procedimiento duró 6 años y 6 meses.
- e. Decisión de la Sala Civil/ caso Eurofood IFSC Limited: el procedimiento duró 2 años y 9 meses.
- f. Decisión de la Sala Civil/ caso Cándida Rosa Nuñez Portillo y otros vs Dow Chemical Company y otros: el procedimiento duró 5 años y 4 meses.

Como los anteriores, hay muchísimos otros ejemplos de retardo judicial, y no sólo en material de exequátur. Sin embargo, no deseamos adentrarnos en este tema, sino simplemente dejar constancia de que en Venezuela existen constantemente retrasos injustificados de los tribunales, y ello es contrario a la seguridad jurídica.

Consideramos relevante hacer especial énfasis en uno de los requisitos de la corrección estructural, de acuerdo a Pérez-Luño, que es la *Lege perpetua*. En efecto, dicho autor afirma (p. 34), y estamos de acuerdo con él, que “la estabilidad del Derecho es un presupuesto básico para generar un clima de confianza en su contenido”. Pérez-Luño se refiere específicamente a la cosa juzgada y a los derechos adquiridos. Pero pensamos que la estabilidad del Derecho también debe referirse a que las normas no cambien a diario, como suele ocurrir en Venezuela y como veremos más abajo.

En efecto, luego el autor manifiesta (p. 61) que una de las amenazas a la seguridad jurídica es cuando el Estado se excede en la emisión de normas, y se convierte en una “máquina de hacer leyes”.

Madariaga Gutiérrez (p. 36-43), también explica que el Estado de Derecho es un presupuesto necesario para la seguridad. Se refiere específicamente a la seguridad administrativa, pero consideramos que el argumento es válido para la seguridad jurídica en general.

Asimismo, Pérez-Luño (p.26), plantea la relación entre seguridad jurídica y Estado de Derecho: “La seguridad jurídica por inmediata influencia de la filosofía contractualista e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho”.

De manera que no puede haber Estado de Derecho sin seguridad jurídica, como no puede haber seguridad jurídica sin Estado de Derecho.

Madariaga Gutiérrez define el Estado de Derecho de la siguiente manera (p. 36): “la sumisión del poder a las normas”.

Con relación al Estado de Derecho, podemos citar a Manuel García Pelayo, en su obra *Derecho Constitucional Comparado* (p. 157):

...en sus orígenes es un concepto típicamente liberal, que-haciendo omisión de sus antecedentes ingleses-nace con el derecho positivo de las revoluciones americana y francesa: la primera busca a government of law and not of men<sup>3</sup>; la segunda, proclama en su primera constitución que *il n'y a point en France d'autorité supérieure a celle de la loi*<sup>4</sup>.

Venezuela se consagra, teóricamente, de conformidad con la Constitución, como un Estado de Derecho, tal y como lo establece su artículo 2:

Venezuela se constituye en un **Estado democrático y social de Derecho** y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político (negritas nuestras).

---

3 Un gobierno de la ley y no del hombre.

4 No hay en Francia una autoridad superior a aquella de la ley.

Madariaga explica (p. 36) que una de las afirmaciones implícitas del Estado de Derecho es “el orden jerárquico de las normas de Derecho, en virtud del cual un precepto jurídico no puede contravenir lo dispuesto por otro de rango superior y, por consiguiente, ninguna norma puede vulnerar o desconocer el contenido constitucional”.

Por lo tanto, todas las normas que sean contrarias a la Constitución violan tal principio y son inconstitucionales.

Asimismo, explica esta autora, y ha sido afirmado en general por la doctrina, que una de las características del Estado de Derecho es el principio de separación de los poderes públicos. Hay una relación directa entre este fundamental principio y la seguridad jurídica. En efecto, afirma Madariaga Gutiérrez (p. 42-43):

...hemos sostenido que uno de los aportes del Estado de derecho a la seguridad jurídica es la consagración de la separación de los poderes públicos en cuanto genera la certeza de saber de cuál órgano estatal pueden emanar las conductas que motivan cambios en las situaciones que viven los individuos en una sociedad...

Compartimos lo expresado por dicha autora, y consideramos por ello que es contraria a la seguridad jurídica la situación existente en Venezuela, en que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial legislan, apropiándose de competencias que corresponden, o al menos deberían corresponder, al Poder Legislativo.

La autora continúa explicando que tal división de poderes no se debe entender como una “división tajante de funciones”, sino como una “correlación o primacía de funciones...”. Pero ello no implica que un poder pueda simplemente tomar las atribuciones fundamentales del otro establecidas en la Constitución, porque justamente allí se incurre en una violación del principio de separación de poderes, y se atenta contra la seguridad jurídica.

En efecto, afirma Madariaga Gutiérrez (p. 44):

Si consideramos que la finalidad del Estado de derecho es servir de fundamento básico de la seguridad –garantizando el sometimiento del poder a las normas jurídicas y preservando a los ciudadanos de la arbitrariedad administrativa–, no podemos sino concluir que el principio de la separación de los poderes y de la división de las funciones públicas es un elemento esencial de todo Estado de derecho.

Venezuela no es sólo un Estado de Derecho, como se consagra en el artículo 2 de la Constitución, ya citado, sino es además un Estado social de Derecho.

Históricamente, el Estado social surgió y adquirió importancia luego del Estado liberal, que se basaba en una mínima intervención por parte del Estado, el cual debía principalmente garantizar y proteger las libertades de los particulares. Bajo el modelo del Estado social, en cambio, se consideró necesaria una mayor intervención del Estado en las vidas de los particulares. Pero, hay que tener claro, Estado social, y sobre todo, Estado social de Derecho, no es sinónimo de Estado socialista.

Con relación al Estado social, Pérez-Luño plantea (p.22):

El Estado social de Derecho que había legitimado su omnipresente intervencionismo en función de un ambicioso programa de bienestar y emancipación se halla hoy desbordado por sus propios compromisos; siendo ésa una de las principales causas de su crisis como modelo político.

La falta de respuesta estatal a las exigencias sociales, la demora con la que las más apremiantes son atendidas contribuyen a crear un clima de inseguridad en la eficacia de la respuesta política a las aspiraciones y necesidades de la sociedad.

Creemos que el presente régimen, justificando su actuación en base a la cláusula del Estado social, ha abusado en su intervencionismo, intentando involucrarse en todas las áreas sociales y económicas, atentando así gravemente contra la seguridad jurídica.

Existen numerosos ejemplos de por qué no hay seguridad jurídica en Venezuela, como el caso de las constantes expropiaciones, la impunidad para los que cometen delitos tipificados en el Código Penal, el excesivo tiempo que toman los juicios en Venezuela, etc.; sin embargo, en el presente artículo nos centraremos en la inseguridad jurídica ocasionada por las irregularidades cometidas por el Poder Legislativo al legislar, así como la falta de seguridad jurídica que implica el que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial legislen.

Creemos que en Venezuela está ocurriendo algo similar a lo planteado por Pérez-Luño (p. 27), quien afirma que no siempre que haya Estado y Derecho, hay seguridad jurídica. Tal autor manifestó:

En su acepción estrictamente empírica puede existir una seguridad impuesta a través de un Derecho que garantice coactiva e inexorablemente el cumplimiento de una legalidad inicua. De hecho la manipulación de la seguridad jurídica por los despotismos de todo signo representa una constante histórica. En los Estados totalitarios los dogmas de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, el principio de la inquebrantabilidad e inexorabilidad de la legalidad, la publicidad exagerada hasta la propaganda de la ley, así como el control de la discrecionalidad judicial han sido instrumentalizados al máximo para la imposición del monopolio político e ideológico. La seguridad jurídica, así entendida y degradada, no ha impedido la promulgación de leyes dirigidas a consagrar diversas formas de discriminación racial o política y, en suma, el control opresivo de la sociedad. Estas manifestaciones de seguridad de la inseguridad son incompatibles con la razón de ser del Estado de Derecho.

Con esa cita damos fin al planteamiento, y pasamos a explicar con algunos ejemplos por qué consideramos que en Venezuela no existe seguridad jurídica, con relación a la manera como se legisla.

## **II. IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EL PODER LEGISLATIVO**

### **1. Reimpresión por “error material”:**

En los últimos 12 años, ha sido muy frecuente que reimpriman leyes por errores materiales. Esa posibilidad tiene sentido, pero debería ser excepcional, ya que se supone que las leyes deben ser cuidadosamente revisadas antes de ser publicadas en la respectiva Gaceta Oficial. Además, la reimpresión por error material se refiere a un error insignificante de forma, por ejemplo, a un error de transcripción: no se trata de hacer un cambio de fondo a la ley.

Ello es porque la formación de leyes en Venezuela, de conformidad con la Constitución, debe seguir un procedimiento, que incluye dos discusiones en la Asamblea Nacional y la promulgación por el Presidente de la República.

En primer lugar, de acuerdo al artículo 207 de la Constitución:

Para convertirse en ley todo proyecto recibirá dos discusiones, en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en esta Constitución

y en los reglamentos respectivos. Aprobado el proyecto, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional declarará sancionada la ley.

Asimismo, dispone el artículo 208 de la Constitución que en la primera discusión se deben tomar en cuenta los “objetivos, alcance y viabilidad” del proyecto de ley, se deben discutir “el articulado”, y se debe remitir a la comisión correspondiente. Luego, conforme al artículo 209, después de recibir el informe de la comisión que corresponda, se debe llevar a cabo la segunda discusión, “la cual se realizará artículo por artículo”.

Con respecto a las modificaciones, el mismo artículo 209 dispone:

Si se aprobare sin modificaciones, quedará sancionada la ley. En caso contrario, si sufre modificaciones, se devolverá a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos; leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y a los que tuvieren conexión con éstos. Resuelta la discrepancia, la Presidencia declarará sancionada la ley.

De manera que el tema de las modificaciones es relevante, y acarrea una nueva discusión, por lo cual es burlar tal disposición el hacer cambios de fondo en las leyes luego de las dos discusiones, justificándolo bajo el argumento de “reimpresión por error material”.

Sin embargo, a pesar de todo lo anterior, son comunes en la actualidad las reimpresiones por supuestos errores materiales, como evidenciaremos a continuación a través de algunos ejemplos:

#### 1. Ley de la Actividad Aseguradora<sup>5</sup>.

Para la reimpresión de dicha ley, se invocó el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales, el cual dispone:

Cuando haya evidente discrepancia entre el original y la impresión de una ley se la volverá a publicar corregida en la GACETA OFICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA; pero entonces deberá acompañar a dicha publicación un Aviso Oficial firmado por el Ministro a cuyo ramo corresponda la materia de la Ley indicando en que

---

5 Fue impresa el 29 de julio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 5.990 Extraordinario, y luego reimpresa el 5 de agosto de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.481

consistió el error de la publicación primitiva. En este caso, la Ley se tendrá por promulgada desde su primera publicación, pero no podrá darse efecto retroactivo a la corrección.

De manera que tal corrección está concebida para enmendar errores entre la versión aprobada por la Asamblea Nacional en segunda discusión y promulgada por el Presidente de la República, y la versión que se imprime. Pero justamente, se debe tratar de errores, no para hacer las modificaciones que se desee.

Una de las modificaciones en la reimpresión de la Ley de la Actividad Aseguradora fue:

“En el artículo 129, numeral 3 donde se lee:

“3. Escoger libremente los proveedores de insumos o servicios a través de los cuales la empresa de seguros dará cumplimiento a las obligaciones derivadas de la póliza, planes o servicios de salud.

Debe decir:

“3. Escoger libremente los proveedores de insumos o servicios para satisfacer sus necesidades cubiertas por el contrato de seguros”.

El encabezado de este artículo se refiere a los derechos de los asegurados, tomadores o beneficiarios de seguros y contratantes de planes de medicina prepagada. La redacción de la modificación no se ve a primera vista. Sin embargo, hay una palabra que se cambia, que puede tener un significado relevante: la palabra obligación fue sustituida por la palabra necesidad. Ambas no son sinónimos, ya que obligación se refiere a los compromisos entre las partes, mientras que necesidad es un concepto diferente, que tiene que ver con una carencia a ser satisfecha.

2. Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional<sup>6</sup>.

En este caso, también se invocó el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales, y la modificación fue la siguiente:

“En el artículo 7 donde se lee:

---

<sup>6</sup> Fue impresa el 16 de junio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.447, y luego reimpressa el 21 de diciembre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.578

Artículo 7

Prohibición de conformar grupos financieros. Las instituciones que integran el Sistema Financiero Nacional no podrán conformar grupos financieros con empresas de otros sectores de la economía nacional o asociados a grupos financieros internacionales, para fines distintos a los previstos en las definiciones establecidas en esta Ley.

Debe decir:

Artículo 7

Prohibición de conformar grupos financieros. Las instituciones que integran el Sistema Financiero Nacional no pueden conformar grupos financieros entre sí o con empresas de otros sectores de la economía nacional, o asociados a grupos financieros internacionales, para fines distintos a los previstos en las definiciones establecidas en esta Ley.

Vemos entonces como también en este caso se hace una pequeña modificación, seis meses después, que cambia el contenido de la disposición. En la disposición original se establecía que: “Las instituciones que integran el Sistema Financiero Nacional no podrán conformar grupos financieros con empresas de otros sectores de la economía nacional...”, mientras que la disposición modificada establece: “Las instituciones que integran el Sistema Financiero Nacional no pueden conformar grupos financieros entre sí o con empresas de otros sectores de la economía nacional...”. Ese “entre sí” que se añadió es muy relevante, ya que prohíbe a instituciones del mismo sector conformar grupos financieros, cuando la prohibición original estaba dirigida a conformar grupos financieros con instituciones de otros sectores. Nos explicamos: la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, como lo indica su artículo 6, considera como instituciones financieras a las entidades u organizaciones, públicas o privadas, que realicen regularmente actividades de intermediación, a través de la captación de fondos del público. Ello se refiere básicamente a las instituciones del sector bancario, del sector asegurador y del mercado de valores. Entonces, bajo la prohibición original, no se podía, por ejemplo, formar un grupo financiero entre un banco y una compañía de seguros. Sin embargo, la modificación a la disposición, al incluir la frase “entre sí”, prohíbe que por ejemplo dos bancos formen un grupo financiero, o dos compañías de seguros formen un grupo financiero entre sí. De manera que se trata de un cambio de fondo.

### 3. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>7</sup>.

Nuevamente se invocó el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales, así como el artículo 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que dispone: “La administración podrá en cualquier tiempo corregir errores materiales o de cálculo en que hubiere incurrido en la configuración de los actos administrativos”. Invocar esta última disposición no tiene sentido, ya que las leyes no son actos administrativos.

En ese caso, la mayoría de las modificaciones llevadas a cabo sí fueron de forma, pero nos llama poderosamente la atención que se haya mencionado el artículo 84 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Sin embargo, uno de los cambios que se llevó a cabo es de fondo. Nos referimos al artículo 70, relativo al proceso de selección de los Magistrados al Tribunal Supremo de Justicia.

El mismo, decía inicialmente:

El proceso de preselección de candidatos o candidatas será público; a estos efectos, el Comité de Postulaciones Judiciales convocará a los interesados e interesadas mediante un aviso, que se publicará en no menos de tres diarios de circulación nacional, el cual contendrá los requisitos que deben reunir de conformidad con la Constitución de la República y la presente Ley, así como el lugar y plazo de recepción de las mismas. Este último no será **menor** de treinta días continuos (negritas nuestras).

El artículo quedó redactado de manera idéntica, excepto en su última oración, que fue sustituida por: “Este último no será **mayor** de treinta días continuos” (negritas nuestras).

El que un plazo no pueda ser menor o no pueda ser mayor de determinada cantidad de días, es un cambio de fondo relevante, ya que se reduce el plazo.

En este sentido, podemos citar un artículo publicado en el diario El Universal, de fecha 7 de diciembre de 2010<sup>8</sup>, en que se hace referencia a

7 Fue impresa el 29 de julio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario, y luego reimpressa el 1 de octubre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.522

8 [http://www.eluniversal.com/2010/12/07/pol\\_ava\\_mesa-deplora-mecanis\\_07A4826291.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/07/pol_ava_mesa-deplora-mecanis_07A4826291.shtml)

un comunicado de la Mesa de la Unidad Democrática. Nos interesa citar el siguiente extracto:

Adicionalmente, después de que fue promulgada la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el 29 de julio de 2010, ésta fue modificada írritamente, mediante una supuesta reimpresión por errores materiales, con la finalidad de recortar los plazos de participación ciudadana, cambiando el sentido de la ley de reforma”, acotó la Alianza Democrática. La ley sancionada por la AN en julio de este año establecía un plazo mínimo de 30 días continuos para la presentación de postulaciones (Artículo 70), mientras que la supuesta reimpresión por errores materiales del 1 de octubre fijó un plazo máximo de 30 días continuos, “ello con el propósito de que la agónica mayoría hegemónica de la AN pudiera cómodamente realizar designaciones inconsultas, cita el texto.

Vemos entonces como se produce un abuso de poder, y se justifican cambios a leyes en supuestas reimpresiones por errores materiales, cuando la razón de fondo es una circunstancia política.

#### 4. Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>9</sup>.

Para la reimpresión se invocó el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales.

El cambio se produjo en el artículo 20, relativo a los requisitos para ser juez de los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Los requisitos son idénticos, excepto que se eliminó el literal “e”, que establecía: “e. Haber desempeñado funciones de asesoría jurídica o de gestión en la Administración Pública por más de cinco años.”.

De manera que a las personas que cumplen con ese requisito (junto con los otros requisitos concurrentes), en la versión reimpresa se les quitó el derecho de ser juez.

#### 5. Ley de Mercado de Valores<sup>10</sup>.

Nuevamente se invocó el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales.

---

9 Fue impresa el 16 de junio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.447, y luego reimpresa el 22 de junio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.451

10 Fue impresa el 17 de agosto de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.489, y luego reimpresa el 5 de noviembre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.546

El cambio fue el siguiente:

En la disposición transitoria única donde se lee:

Única. La Superintendencia Nacional de Valores adecuará su estructura y organización para el cumplimiento de esta Ley en un plazo de ciento ochenta días prorrogable, por una sola vez por el mismo lapso, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley.

Los corredores públicos de valores, en un lapso de noventa días prorrogables por una sola vez por el mismo lapso a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, solicitarán a la Superintendencia Nacional de Valores la autorización para actuar como operadores de valores autorizados, para lo cual deberán cumplir con los requisitos que se establezcan en las normas que a tal efecto dicte la Superintendencia Nacional de Valores; y los corredores públicos de valores y los operadores de valores autorizados por esta Ley, que en su cartera posean títulos de la deuda pública nacional, tendrán ciento ochenta días continuos a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, para desincorporarlos de su cartera de inversiones, siguiendo el procedimiento establecido por la Superintendencia Nacional de Valores. En todo lo no previsto especialmente en esta Ley, su Reglamento o normas dictadas por la Superintendencia Nacional de Valores, se observarán las disposiciones de la ley que regule la materia mercantil, la Ley de Cajas de Valores y la Ley de Entidades de Inversión Colectiva. Debe decir:

Única. La Comisión Nacional de Valores se transforma en la Superintendencia Nacional de Valores y ésta adecuará su estructura y organización para el cumplimiento de esta Ley en un plazo de ciento ochenta días prorrogable, por una sola vez por el mismo lapso, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley. Todos los procesos, procedimientos y obligaciones de la Comisión Nacional de Valores serán continuados y concluidos por la Superintendencia Nacional de Valores. Los corredores públicos de valores pasarán temporalmente a ser operadores de valores autorizados y en un lapso de noventa días prorrogables, por una sola vez por el mismo lapso, a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, solicitarán a la Superintendencia Nacional de Valores la autorización para actuar de manera definitiva como operador de valores autorizados, para lo cual deberán cumplir con los requisitos que establezca la Superintendencia Nacional de Valores. Los corredores públicos de valores y los operadores de valores autorizados por esta Ley, que en su cartera posean títulos de la deuda pública nacional, tendrán ciento ochenta días continuos a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, para desincorporarlos de su cartera de inversiones, siguiendo el

procedimiento establecido por la Superintendencia Nacional de Valores. En todo lo no previsto especialmente en esta Ley, su Reglamento o normas dictadas por la Superintendencia Nacional de Valores, se observarán las disposiciones de la ley que regule la materia mercantil, la Ley de Cajas de Valores y la Ley de Entidades de Inversión Colectiva.

De manera que solía establecer que los corredores públicos de valores tenían 90 días para solicitar la autorización al organismo competente para ser operadores de valores autorizados, y dicha disposición se modificó para establecer que los corredores públicos de valores pasaron automáticamente a ser operadores de valores autorizados, y luego tienen 90 días para solicitar al organismo competente la autorización para ser definitivamente operadores de valores autorizados.

Así que vemos nuevamente como con la excusa de un “error material”, se modifica una disposición, y se hace un cambio en su contenido.

Además de todas esas reimpresiones por supuestos errores materiales, en que en realidad se hacen modificaciones de fondo, existen también una serie de ejemplos de leyes que fueron reimpresas por verdaderos errores materiales, es decir, de forma, tales como la Ley Orgánica de Drogas y Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. Aunque ello es menos grave, no deja de preocupar, ya que los errores deberían ser situaciones excepcionales, y no una situación común, porque se evidencia que no se tiene suficiente cuidado al redactar las leyes.

#### 6. Ley Orgánica de Hidrocarburos<sup>11</sup>.

Nuevamente se invocó el artículo 4 de la Ley de Publicaciones Oficiales.

El cambio fue el siguiente:

“Donde dice:

Artículo 5

Se modifica el artículo 48, en la forma siguiente:

Artículo 48. (omissis.)

3. Impuesto de Consumo General. Por cada litro de producto derivado de los hidrocarburos vendido en el mercado interno entre el treinta y

---

11 Fue impresa el 24 de mayo de 2006, en la Gaceta Oficial N° 38.443, y luego reimpresa el 4 de agosto de 2006, en la Gaceta Oficial N° 38.493

cincuenta por ciento (30% y 50%) del precio pagado por el consumidor final, cuya alícuota entre ambos límites será fijada anualmente en la Ley de Presupuesto. Este impuesto a ser pagado por el consumidor final será retenido en la fuente de suministro para ser enterado anualmente al Fisco Nacional.

Debe decir:

Artículo 5

Se modifica el artículo 48, en la forma siguiente:

Artículo 48 (omissis.)

3. Impuesto de Consumo General. Por cada litro de producto derivado de los hidrocarburos vendido en el mercado interno entre el treinta y cincuenta por ciento (30% y 50%) del precio pagado por el consumidor final, cuya alícuota entre ambos límites será fijada anualmente en la Ley de Presupuesto. Este impuesto a ser pagado por el consumidor final será retenido en la fuente de suministro para ser enterado mensualmente al Fisco Nacional.

De manera que inicialmente se establecía que el impuesto debía ser enterado anualmente al Fisco Nacional, y se sustituyó por un enteramiento mensual. Ello es un cambio de fondo, que no debería ser incluido vía reimpresión “por error material”.

2. Leyes promulgadas apresuradamente antes del cambio de la Asamblea Nacional:

El 5 de enero de 2011 fueron juramentados los diputados de la nueva Asamblea Nacional, quienes fueron electos el 26 de septiembre de 2010. Por diversas razones de índole política, en las que no entraremos en esta oportunidad, la pasada Asamblea Nacional estuvo compuesta casi en un cien por ciento por diputados de tendencia oficialista. Sin embargo, la composición de la actual Asamblea Nacional es mucho más heterogénea.

En este sentido, podemos citar un artículo de El Universal, publicado un día después de las elecciones parlamentarias<sup>12</sup>, en que se expresó:

La Asamblea Nacional electa ayer -que se instalará el próximo 5 de enero- será radicalmente opuesta a la actual, no sólo por la alta participación en su elección, sino porque en ella estarán representadas distintas ideologías del país.

Al cierre de esta edición -y de acuerdo con los resultados del primer boletín del Consejo Nacional Electoral (CNE)- 95 de los 165 legisladores

---

12 [http://www.eluniversal.com/2010/09/27/pol\\_art\\_venezuela-eligio-asa\\_2050911.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/09/27/pol_art_venezuela-eligio-asa_2050911.shtml)

pertenecen al partidos Socialista Unido de Venezuela (PSUV) y del Comunista de Venezuela (PCV); mientras que 61 pertenecen al bloque opositor agrupado en la Mesa de la Unidad Democrática y dos al partido Patria Para Todos (PPT), otrora aliado del presidente Hugo Chávez.

Adicionalmente, en dicho artículo se explicó que la oposición, a pesar de haber logrado alrededor del 52% de los votos, no llegó a lograr el 40% de los puestos en la Asamblea Nacional. Ello debido en gran parte a la reciente Ley de Procesos Electorales.

En un artículo posterior de El Universal, del 4 de enero de 2011<sup>13</sup>, cuando ya los resultados eran definitivos, se expresó:

Tras las últimas elecciones parlamentarias, el oficialismo logró obtener 98 bancas de los 165 asientos en disputa, por 65 de la opositora Mesa de la Unidad Democrática (MUD), mientras que los dos restantes cayeron en manos del partido independiente Patria Para Todos (PPT), recordó DPA.

Tampoco es nuestra intención adentrarnos en este tema. Simplemente basta con decir que la nueva Asamblea Nacional es mucho más heterogénea que la pasada Asamblea Nacional.

Y justamente, el punto que deseamos recalcar en este momento, es la manera como actuó la pasada Asamblea Nacional, al darse cuenta que su composición cambiaría a partir de enero de 2011: dictó un gran número de leyes apresuradamente, que incluso han sido llamadas “El Paquetazo”.

En este sentido, podemos citar un artículo de El Universal del 22 de diciembre de 2010<sup>14</sup>, en que Reporteros sin Frontera criticó este hecho:

La organización Reporteros sin Frontera (RSF) expresó nuevamente su preocupación por las leyes socialistas que ha aprobado de forma acelerada la Asamblea Nacional, antes de la renovación parlamentaria el próximo 05 de enero.

RSF lamenta que Venezuela se convierta en una excepción en el continente, porque en otros países de la región lo que se busca precisamente es promover el pluralismo, la desconcentración y el equilibrio entre los diferentes tipos de medios de comunicación.

---

13 [http://www.eluniversal.com/2011/01/04/pol\\_ava\\_destacan-fortalecimi\\_04A4930971.shtml](http://www.eluniversal.com/2011/01/04/pol_ava_destacan-fortalecimi_04A4930971.shtml)

14 [http://www.eluniversal.com/2010/12/22/pol\\_ava\\_rsf-preocupada-por-l\\_22A4886499.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/22/pol_ava_rsf-preocupada-por-l_22A4886499.shtml)

“En contextos más o menos tensos se ha llevado a cabo un debate democrático y pluralista entre los gobiernos y los medios de comunicación privados dominantes. Excepto en Venezuela, donde una serie de leyes mordaza asienta un poco más el monopolio presidencial en el espacio público de la comunicación”, agrega RSF en un comunicado.

Las reformas a la Ley de Telecomunicaciones y a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, que ahora también incluye a los medios de comunicación digitales, así como la recién sancionada Ley para la Protección de la Soberanía Política, que restringe a las ONG nacionales e internacionales, son las leyes que especialmente preocupa a la organización.

En total, una decena de leyes ha sido votada urgentemente por puro capricho presidencial, sin debate que las contradiga, sin esperar la investidura, el 5 de enero de 2011, de una nueva Asamblea representativa de las tendencias políticas actuales. Menospreciando así el escrutinio legislativo del 26 de septiembre pasado, refiere el texto.

Es interesante, así como alarmante, mencionar que durante los cinco años de ejercicio de la pasada Asamblea Nacional, fueron aprobadas 191 leyes (sin contar las leyes aprobatorias ni acuerdos), de las cuales 27 leyes fueron aprobadas en sus últimos meses, justo antes de que tomara posesión la nueva Asamblea, más pluralista. Eso quiere decir que hay una desproporción entre la cantidad de leyes que fueron aprobadas en la mayoría del período del órgano legislativo, y sus últimos meses.

Dicha información fue extraída de un artículo de El Universal, de fecha 4 de enero de 2011, titulado “Poder Legislativo aprobó 191 leyes y 386 acuerdos en sus cinco años de ejercicio”<sup>15</sup>. Conforme al mismo:

También se sancionaron 27 leyes con 1.816 artículos en total, a modo de un artículo cada cinco minutos, según denunció recientemente el dirigente opositor Carlos Vecchio.

Los opositores aseguran que el oficialismo hubiese sido incapaz de tomar estas medidas en el nuevo parlamento, ya que el PSUV no logró dos tercios de los curules necesarios para aprobar leyes orgánicas ni los dos quintos necesarios para otorgar facultades habilitantes.”.

---

15 [http://www.eluniversal.com/2011/01/04/pol\\_ava\\_destacan-fortalecimi\\_04A4930971.shtml](http://www.eluniversal.com/2011/01/04/pol_ava_destacan-fortalecimi_04A4930971.shtml)

Las leyes (sin contar leyes aprobatorias ni acuerdos) aprobadas por la pasada Asamblea Nacional solamente en diciembre de 2010, conforme a los sumarios de las Gacetas Oficiales, fueron:

1. Ley sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>16</sup>.
2. Ley Especial de Timbre Fiscal para el Distrito Capital<sup>17</sup>.
3. Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico<sup>18</sup>.
4. Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal 2011<sup>19</sup>.
5. Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2011<sup>20</sup>.
6. Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación<sup>21</sup>.
7. Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan<sup>22</sup>.
8. Ley Orgánica del Poder Popular<sup>23</sup>.
9. Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular<sup>24</sup>.
10. Ley Orgánica de las Comunas<sup>25</sup>.
11. Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal<sup>26</sup>.

---

16 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.570 de fecha 9 de noviembre de 2010

17 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.570 de fecha 9 de noviembre de 2010

18 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.573 de fecha 14 de diciembre de 2010

19 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.005 Extraordinario de fecha 14 de diciembre de 2010

20 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.006 Extraordinario de fecha 14 de diciembre de 2010

21 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.574 de fecha 15 de diciembre de 2010

22 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009 Extraordinario de fecha 17 de diciembre de 2010

23 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de fecha 21 de diciembre de 2010

24 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de fecha 21 de diciembre de 2010

25 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de fecha 21 de diciembre de 2010

26 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de fecha 21 de diciembre de 2010

12. Ley Orgánica de Contraloría Social<sup>27</sup>.
13. Ley de Reforma Parcial de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión<sup>28</sup>.
14. Ley de Regularización de los Períodos Constitucionales y Legales de los Poderes Públicos Estadales y Municipales<sup>29</sup>.
15. Ley de Defensa de la Soberanía Política y Autodeterminación Nacional<sup>30</sup>.
16. Ley de Reforma Parcial de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones<sup>31</sup>.
17. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal<sup>32</sup>.
18. Reforma del Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional<sup>33</sup>.
19. Ley de Instituciones del Sector Bancario<sup>34</sup>.
20. Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>35</sup>.
21. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal<sup>36</sup>.

---

27 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de fecha 21 de diciembre de 2010

28 Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.579 de fecha 22 de diciembre de 2010

29 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010

30 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010

31 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010

32 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010

33 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.014 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010

34 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2010

35 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2010

36 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2010

22. Ley sobre el Delito de Contrabando<sup>37</sup>.
23. Ley de Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública<sup>38</sup>.
24. Ley de Gestión Integral de la Basura<sup>39</sup>.
25. Ley del Cuerpo de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencias de Carácter Civil del Distrito Capital<sup>40</sup>.
26. Ley de Reforma de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas<sup>41</sup>.

De manera que sólo durante el mes de diciembre de 2010, fueron publicadas 26 leyes por la Asamblea Nacional (más un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley). Si dividimos las 191 leyes que fueron aprobadas por la pasada Asamblea Nacional entre sus cinco años de vigencia, la cuenta da que cada año en promedio se deberían haber publicado alrededor de 38 leyes; y si a su vez, dividimos esa cantidad entre los 12 meses del año, nos da que cada mes se deberían aprobar alrededor de 3 leyes. Esta no es una cuenta precisa, pero nos permite darnos cuenta claramente de la desproporción que llevó a cabo la pasada Asamblea Nacional al haberse publicado 26 leyes en su último mes de vigencia.

### 3. Constantes reformas a las leyes:

Las reformas a las leyes son absolutamente válidas y legales. La propia Constitución las consagra en su artículo 218:

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.

---

37 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2010

38 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2010

39 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2010

40 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2010

41 Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2010

Sin embargo, ha sido muy frecuente en este régimen que las mismas leyes sean reformadas una y otra vez. Ello, aunque es legal, se presta para considerar que se está improvisando, y atenta contra el tan importante principio de seguridad jurídica, ya que los ciudadanos no se sienten tranquilos con que la legislación es relativamente permanente, no saben a qué atenerse, porque hay cambios constantes en la legislación.

Nuevamente, y como hemos hecho antes, reforzaremos este argumento con ejemplos concretos:

1. Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado:

Si nos guiamos por la tabla a continuación, extraída de la página web del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat)<sup>42</sup>, podemos observar que en un período de menos de un año, entre abril de 2006 y febrero de 2007, la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado fue reimpressa una vez y reformada dos veces:

PUBLICACIÓN EN GACETA OFICIAL		LEYES
NÚMERO	FECHA	
39.147	26/03/2009	Ley de Reforma Parcial de la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2009 (IVA 12%)
38.632	26/02/2007	Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado.
38.625	13/02/2007	Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado.
38.435	12/05/06	Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (reimpresa por error material)
38.424	26/04/2006	Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado.

Si analizamos más información que la contenida en la tabla, nos encontramos que antes del año 2006, también hubo numerosos cambios:

- Gaceta Oficial N° 38.632, del 26 de febrero de 2007 (reforma).

42 [http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR\\_CONTENIDO\\_SENIAT/02NORMATIVA\\_LEGAL/2.4TRIBUTOS\\_INTERNOS/2.4.03IVA/2.4.3.IIVA\\_LEYES](http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENIDO_SENIAT/02NORMATIVA_LEGAL/2.4TRIBUTOS_INTERNOS/2.4.03IVA/2.4.3.IIVA_LEYES)

¿SE PUEDE HABLAR DE SEGURIDAD JURÍDICA EN VENEZUELA...?

- Gaceta Oficial N° 38.625, del 13 de febrero de 2007 (reforma).
- Gaceta Oficial N° 38.435 del 12 de mayo de 2006 (reimpresión).
- Gaceta Oficial N° 38.424 del 26 de abril de 2006 (reforma).
- Gaceta Oficial N° 38.263 del 1 de septiembre de 2005 (reforma).
- Gaceta Oficial N° 37.999 del 11 de agosto de 2004 (reforma).
- Gaceta Oficial N° 5.601 del 30 de agosto de 2002 (reimpresión).
- Gaceta Oficial N° 5.600 del 26 de agosto de 2002 (reforma).
- Gaceta Oficial N° 37.480 del 9 de julio de 2002 (reforma).
- Gaceta Oficial N° 37.006 del 3 de agosto de 2000 (reimpresión).
- Gaceta Oficial N° 37.002 del 28 de julio de 2000 (reforma).
- Gaceta Oficial N° 5.341 Extraordinario, del 05 de mayo de 1999 (reimpreso).

De manera que se evidencia que en un lapso de 8 años, ha habido 12 modificaciones, contando las reformas y las reimpresiones.

## 2. Código Orgánico Procesal Penal:

Muy recientemente fue publicado el nuevo Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal, en la Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario, de fecha 15 de junio de 2012. El mismo entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2013, excepto algunos artículos, que entraron en vigencia con la publicación de la ley.

De esta manera, quedó derogado el Código Orgánico Procesal Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.208 Extraordinario, de fecha 23 de enero de 1998. Y las posteriores reformas al mismo.

Si examinamos cuántas veces ha sido reformado o derogado, nos conseguimos con:

El Código Orgánico Procesal Penal vigente fue publicado en la Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario, de fecha 15 de junio de 2012

El anterior había sido publicado en la Gaceta Oficial N° 5.930 Extraordinario de fecha 4 de septiembre de 2009, menos de tres años antes.

El mismo derogó el Código Orgánico Procesal Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 5.894 Extraordinario de fecha 26 de agosto de 2008. Es decir, que la reforma ocurrió apenas un año después.

A su vez, este último derogó el Código Orgánico Procesal Penal Publicado en la Gaceta Oficial N° 38.536 de fecha 4 de octubre de 2006. De manera que tenemos apenas un lapso de poco más de dos años entre ambos códigos.

El anterior Código Orgánico Procesal Penal fue publicado en la Gaceta Oficial N° 5.558 Extraordinario de fecha 14 de noviembre de 2001. Y el anterior en la Gaceta Oficial N° 37.022 de fecha 25 de agosto de 2000.

De manera que en un lapso de doce años, desde el año 2000 hasta el año 2012, hubo cinco reformas al Código Orgánico Procesal Penal.

Pensamos que tantos cambios, tantas modificaciones, pueden atentar contra tan importante principio como lo es la seguridad jurídica. En este sentido, podemos citar a Luis María Olaso, quien, en su obra Curso de Introducción al Derecho, Tomo I (página 427), se refirió a la seguridad jurídica desde el punto de vista subjetivo:

La convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social.

En este sentido subjetivo, la seguridad jurídica supone un estado de confianza, de “saber a qué atenerse” que aquellas garantías engendran en los individuos. Es lo que se llama “certeza jurídica” que presupone objetivamente la seguridad jurídica.

Por eso se dice que la seguridad jurídica en este sentido subjetivo, como situación de quien psicológicamente la vive, se resuelve en dos componentes vivenciales: 1°. El “saber” o “certeza” de que hay ciertas normas que disponen tales o cuáles conductas e modo impersonal y objetivo, y de que el orden así previsto es generalmente observado. 2°. La “expectativa” o “confianza”, que deriva de ese conocimiento y consiste en la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico.

Consideramos que las continuas modificaciones a las leyes atentan contra tal expectativa.

### 3. Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras:

La vigente Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras fue publicada en la Gaceta Oficial N° 39.666 de fecha 4 de mayo de 2011. La misma reformó parcialmente la ley del mismo nombre que había sido publicada en la Gaceta Oficial N° 39.660 de fecha 26 de

abril de 2011. Aquí no criticamos la modificación que se haya hecho al contenido, sino el hecho de que en un lapso menor a 10 días se haya reformado la ley. No es un tema de ilegalidad, sino un ejemplo más que evidencia la falta de seriedad con que se legisla, que conlleva a la ausencia de seguridad jurídica.

### **III. LEGISLACIÓN POR EL PODER EJECUTIVO Y JUDICIAL**

#### **1. Legislación por el Poder Ejecutivo**

Básicamente, la manera a través de la cual el Poder Ejecutivo, y específicamente, el Presidente de la República legisla, es a través de los Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley (los “Decreto-Ley” o “Decretos-Leyes”). Como lo dice su nombre, estos decretos tienen el mismo valor que una ley. La diferencia radica en su origen: las leyes normalmente emanan del Poder Legislativo, a través de la Asamblea Nacional, mientras que los Decretos-Leyes emanan del Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República.

Para que este último pueda dictar Decretos-Leyes, necesita una autorización de parte de la Asamblea Nacional, la cual se otorga a través de una ley habilitante.

El artículo 202 de la Constitución establece qué son las leyes: “La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador”.

Luego, el artículo 203 establece qué son las leyes habilitantes:

“Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio”.

Y el artículo 236 establece dictar Decretos-Leyes entre las atribuciones del Presidente de la República: “Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: ...8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley”.

De manera que de tales disposiciones se desprende lo siguiente: (i) se requiere de tres quintos de la Asamblea Nacional para poder aprobarla,

(ii) la ley habilitante debe establecer las directrices, propósitos y materias que se delegan y (iii) que se debe fijar un plazo para el ejercicio por el Presidente de la República.

Asimismo, se desprende que (i) no se estableció un límite a las materias sobre las cuales se pueden dictar Decretos-Leyes y (ii) no se establece su carácter excepcional.

Consideramos que esto es grave, ya que quien debe legislar en principio es el Poder Legislativo, y no el Poder Ejecutivo; esto en base al principio de separación de poderes.

Antes de que fuese modificada la Constitución, a principios del gobierno de Hugo Chávez, estaba vigente la Constitución de 1961, con las Enmiendas 1 y 2 llevadas a cabo en 1984. En la misma, existía la posibilidad de que el Presidente de la República dictase leyes, pero era muy limitada. En efecto, establecía el artículo 190 de dicha constitución:

“Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:...8. Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial”

De manera que hubo un cambio muy importante de una constitución respecto a la anterior, con relación a la posibilidad del Presidente de la República de legislar, ya que, antes de la vigente Constitución, el Presidente de la República podía legislar sólo excepcionalmente, y sólo en materia económica o financiera.

En este sentido, podemos citar sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 8 de junio de 2000, expediente 00-834, caso Federación Médica Venezolana Vs. puntos Uno y Tres del Art. Único de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, de fecha 02/09/1998:

En el caso bajo examen, se trata de la nulidad de una Ley Habilitante, también llamada Ley Autorizatoria, la cual estaba prevista en el artículo 190, ordinal 8º de la derogada Constitución de 1961. Dicha ley autorizatoria o habilitante también se encuentra inserta en la vigente Constitución de 1999 en su artículo 203 último aparte, donde se le da definitivamente la denominación de habilitante sin precisar el alcance en cuanto al contenido de dicha ley.

De manera que nos encontramos con que bajo nuestra actual Constitución, el Presidente de la República puede legislar sobre cualquier materia. ¿Dónde queda entonces el principio de separación de poderes, y del Poder Legislativo como el competente para dictar leyes?

Durante el régimen actual, han sido dictados 4 leyes habilitantes, que han autorizado al Presidente de la República para legislar:

Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera requeridas por el Interés Público: publicada en la Gaceta Oficial N° 36.687, de fecha 26 de abril de 1999 (aún bajo la anterior Constitución).

Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las materias que se delegan: publicada en la Gaceta Oficial N° 37.076, de fecha 13 de noviembre de 2000.

Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las Materias que se delegan: publicada en la Gaceta Oficial N° 38.617, de fecha 1 de febrero de 2007.

Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan: publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009 Extraordinario, de fecha 17 de diciembre de 2010.

En la ley orgánica de 1999 que autorizó al Presidente a dictar medidas extraordinarias, se le autorizó para legislar en los siguientes ámbitos: (i) Organización de la Administración Pública Nacional, (ii) Financiero, (iii) Tributario y (iv) Económico Sectorial.

La duración de tal habilitación fue de 6 meses.

En la ley habilitante del año 2000 se autorizó al Presidente de la República para dictar Decretos Leyes en los siguientes ámbitos: (i) Financiero, (ii) Económico y Social, (iii) Infraestructura, Transporte y Servicios, (iv) Seguridad Ciudadana y Jurídica, (v) Ciencia y Tecnología, y (vi) Organización y Funcionamiento del Estado.

La duración de tal habilitación fue de un año.

En la ley habilitante del año 2007 se autorizó al Presidente de la República para dictar Decretos Leyes en los siguientes ámbitos: (i) Transformación de las Instituciones del Estado, (ii) Participación popular, (iii)

Valores esenciales del ejercicio de la función pública, (iv) Económico y social, (v) Financiero y tributario, (vi) Seguridad ciudadana y jurídica, (vii) Ciencia y tecnología, (viii) Ordenación territorial, (ix) Seguridad y defensa, (x) Infraestructura, transporte y servicios y (xi) Ámbito energético.

La duración de tal habilitación fue de 18 meses.

En la ley habilitante del año 2010 se autorizó al Presidente de la República para dictar Decretos Leyes en los siguientes ámbitos: (i) Atención sistematizada y continua a las necesidades humanas vitales y urgentes derivadas de las condiciones sociales de pobreza y de las lluvias, derrumbes, inundaciones y otros eventos producidos por la problemática ambiental, (ii) Infraestructura, Transporte y Servicios Públicos, (iii) Vivienda y Hábitat, (iv) Ordenación Territorial, Desarrollo Integral y Uso de la Tierra Urbana y Rural, (v) Financiero y Tributario, (vi) Seguridad Ciudadana y Jurídica, (vii) Seguridad y Defensa Integral, (viii) Cooperación Internacional y (ix) Sistema Socioeconómico de la Nación.

La duración de tal habilitación fue de 18 meses.

Vemos entonces como los ámbitos en que ha sido autorizado el Presidente de la República para legislar han sido extremadamente amplios, y los lapsos de tiempo que se le han concedido para dictar leyes, igualmente han sido largos.

En los últimos 12 años, el Presidente Hugo Chávez ha legislado a través de Decretos-Leyes en repetidas oportunidades. En este sentido, podemos citar un artículo del diario El Universal, en noticia publicada el 15 de septiembre de 2010<sup>43</sup>, en que se citó a Carlos Vecchio:

“Según detalló Vecchio, la AN aprobó desde 2006 a agosto de 2010, 153 leyes de las cuales 108 no estuvieron programadas previamente. De tal modo, afirmó que el 70% de la agenda trazada por el Parlamento fue “clandestina”. De igual forma destacó la preponderancia de los contenidos políticos y económicos sobre los de orden social, en los acuerdos trazados por los diputados de la AN.

---

43 [http://www.eluniversal.com/2010/09/15/v2010\\_ava\\_vecchio:-actual-an-n\\_15A4472217.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/09/15/v2010_ava_vecchio:-actual-an-n_15A4472217.shtml)

Dijo que el presidente Hugo Chávez, en un periodo de año y medio (2007-2008), dictó 67 Decretos leyes frente apenas 25 proclamados en plenaria por los diputados de la AN”

Preocupa entonces, que durante esos dos años legisló más el Poder Ejecutivo que el Poder Legislativo. La lista de Decretos-Leyes dictados por el Presidente Hugo Chávez en ese período se encuentra en la página web de la Procuraduría General de la República<sup>44</sup>.

Bajo el marco de la ley habilitante del año 2010, para el 24 de julio de 2012, el Presidente Hugo Chávez ha dictado cincuenta y dos Decretos-Leyes, como se puede observar de la página web de la Asamblea Nacional<sup>45</sup>: (i) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación del Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción<sup>46</sup>, (ii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Refugios Dignos para Proteger a la Población, en Casos de Emergencias o Desastres<sup>47</sup>, (iii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrícola<sup>48</sup>, (iv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación<sup>49</sup>, (v) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Viviendas<sup>50</sup>, (vi) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario<sup>51</sup>, (vii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana<sup>52</sup>, (viii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela<sup>53</sup>, (ix) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios

---

44 [http://www.pgr.gob.ve/habilitante/ley\\_hab.htm](http://www.pgr.gob.ve/habilitante/ley_hab.htm)

45 [http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com\\_estatusleyes&Itemid=254&lang=es](http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_estatusleyes&Itemid=254&lang=es)

46 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.583 de fecha 29/12/10

47 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.599 de fecha 21/01/11

48 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.603 de fecha 27/01/11

49 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.604 de fecha 28/01/11

50 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.018 Extraordinario de fecha 29/01/11

51 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.627 de fecha 02/03/11

52 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.020 de fecha 21/03/11

53 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.021 de fecha 06/04/11

Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos<sup>54</sup>, (x) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Alimentación para los Trabajadores<sup>55</sup>, (xi) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas<sup>56</sup>, (xii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial para la Dignificación de Trabajadoras y Trabajadores Residenciales<sup>57</sup>, (xiii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos o Periurbanos<sup>58</sup>, (xiv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>59</sup>, (xv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo para el Desarrollo Endógeno<sup>60</sup>, (xvi) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Transformación y Reconstrucción Integral de la Región de Barlovento, en el estado Miranda<sup>61</sup>, (xvii) Decreto con Rango, y Valor y Fuerza de Ley de Tasas Portuarias<sup>62</sup>, (xviii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Agrícola de Venezuela, C.A.<sup>63</sup>, (xix) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos<sup>64</sup>, (xx) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>65</sup>, (xxi) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas<sup>66</sup>, (xxii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de las Dependencias Federales<sup>67</sup>, (xxiii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Creación del Territorio

---

54 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.022 Extraordinario de fecha 18/04/11

55 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.660 de fecha 26/04/11

56 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.668 de fecha 06/05/11

57 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.668 de fecha 06/05/11

58 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.668 de fecha 06/05/11

59 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.024 de fecha 06/05/11

60 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.676 de fecha 18/05/11

61 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.025 Extraordinario de fecha 25/05/11

62 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.025 Extraordinario de fecha 25/05/11

63 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.713 de fecha 14/07/11

64 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.715 de fecha 18/07/11

65 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.741 de fecha 23/08/11

66 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.759 de fecha 16/09/11

67 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.787 de fecha 27/10/11

Insular Francisco de Miranda<sup>68</sup>, (xxiv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que autoriza la creación de fondos en las Instituciones Bancarias del Sector Público para el financiamiento de la Adquisición y reparación de viviendas en condición de arrendamiento<sup>69</sup>, (xxv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Gran Misión Hijos de Venezuela<sup>70</sup>, (xxvi) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Gran Misión En Amor Mayor Venezuela<sup>71</sup>, (xxvii) Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares a Estas<sup>72</sup>, (xxviii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Especial de Reincorporación a la Carrera Militar y al Sistema de Seguridad Social de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana<sup>73</sup>, (xxix) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Consejo de Estado<sup>74</sup>, (xxx) Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Fondo Ezequiel Zamora para el fortalecimiento y financiamiento de la Gran Misión Agro Venezuela<sup>75</sup>, (xxxii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que crea contribución especial por precios extraordinarios y precios exorbitantes en el mercado internacional de hidrocarburos<sup>76</sup>, (xxxii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Creación de la Corporación de Desarrollo Jacinto Lara, CORPOLARA<sup>77</sup>, (xxxiii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación del Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción<sup>78</sup>, (xxxiv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>79</sup>, (xxxv) Decreto con

---

68 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.797 de fecha 10/11/11

69 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.799 de fecha 14/11/11

70 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.818 de fecha 12/12/11

71 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.819 de fecha 13/12/11

72 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.063 Extraordinario de fecha 15/12/11

73 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.858 de fecha 06/02/12

74 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.865 de fecha 15/02/12

75 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.869 de fecha 23/02/12

76 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.871 de fecha 27/02/12

77 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.874 de fecha 01/03/12

78 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.892 de fecha 27/03/12

79 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.955 de fecha 28/03/12

Rango, Valor y Fuerza de Ley de Crédito para el Sector Manufacturero<sup>80</sup>, (xxxvi) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social<sup>81</sup>, (xxxvii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica Relativa al Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera y al Fondo de Ahorro Popular<sup>82</sup>, (xxxviii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras<sup>83</sup>, (xxxix) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de la Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses<sup>84</sup>, (xl) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones<sup>85</sup>, (xli) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo<sup>86</sup>, (xlii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales<sup>87</sup>, (xliii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Promueve y Regula las Nuevas Formas Asociativas Conjuntas entre el Estado, la Iniciativa comunitaria y Privada para el Desarrollo de la Economía Nacional<sup>88</sup>, (xliv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado<sup>89</sup>, (xlv) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Determinación de Justiprecio de Bienes Inmuebles en los Casos de Expropiaciones de Emergencia con Fines de Poblamiento y Habitabilidad<sup>90</sup>, (xlvi) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Atención al Sector Agrario<sup>91</sup>, (xlvii) Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat<sup>92</sup>, (xlviii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Gran

---

80 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.904 de fecha 17/04/12

81 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.912 de fecha 30/04/12

82 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.915 de fecha 04/05/12

83 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 6.076 Extraordinario de fecha 07/05/12

84 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 6.079 Extraordinario de fecha 15/06/12

85 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 6.079 Extraordinario de fecha 15/06/12

86 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.955 de fecha 15/06/12

87 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.945 de fecha 15/06/12

88 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.945 de fecha 15/06/12

89 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.945 de fecha 15/06/12

90 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.945 de fecha 15/06/12

91 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.945 de fecha 15/06/12

92 Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.945 de fecha 15/06/12

Misión Saber y Trabajo<sup>93</sup>, (xlix) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación<sup>94</sup>, (l) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias<sup>95</sup>, (li) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal<sup>96</sup> y (lii) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos<sup>97</sup>.

Ha sido criticado un Decreto-Ley dictado bajo la última ley habilitante, que es el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

La razón por la cual fue criticado es que el argumento utilizado para justificar la última ley habilitante era las emergencias causadas por las fuertes y largas lluvias que ocurrieron a finales del año 2010. Sin embargo, dicho Decreto-Ley nada tiene que ver con tal problema. En este sentido, podemos citar un artículo del diario El Universal, de fecha 30 de marzo de 2011<sup>98</sup>:

La Mesa de Unidad Democrática condenó que el Presidente de la República, “sobrepasando claramente la problemática asociada a los efectos de las lluvias, que fue invocada como fundamento de la Ley Habilitante”, haya dictado un decreto-ley “cargado de parcialidad ideológico-partidista, el cual termina de erigir a las milicias en un cuerpo armado paralelo a la Fuerza Armada Nacional”. A través de un comunicado, en el que fijan posición en torno a la reciente reforma de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana -la cual, consideran, atenta gravemente contra la institucionalidad de la Fuerza Armada Nacional, la MUD ratificó su posición de defensa y respeto a la Fuerza Armada Nacional tal como está concebida en la Constitución de 1999. A través del decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, el Presidente de la República ha roto abiertamente con el discurso articulado para intentar justificar la insólita ley habilitante que solicitó en diciembre de 2010, pues la reforma de algunos aspectos del régimen de la Fuerza Armada Nacional

---

93 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.945 de fecha 15/06/12

94 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.945 de fecha 15/06/12

95 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.945 de fecha 15/06/12

96 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario de fecha 15/06/12

97 Publicado en la Gaceta Oficial N° 39.952 de fecha 26/06/12

98 <http://www.eluniversal.com/2011/03/30/milicia-pasa-a-ser-un-cuerpo-armado-paralelo-a-fuerza-armada.shtml>

no guarda ninguna relación con los hechos que supuestamente motivaron la sanción de esa ley”, aseguraron”.

Similar crítica se puede hacer con relación al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Alimentación para los Trabajadores, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal, entre otros, que nada tienen que ver con la situación de emergencia creada por las lluvias.

En efecto, de conformidad con artículo de El Universal<sup>99</sup>, la saliente presidente de la Asamblea Nacional, Cilia Flores, “aseguró que la propuesta nació “de la preocupación de los damnificados”. Asimismo, de conformidad con otro artículo de dicho periódico ([http://www.eluniversal.com/2010/12/18/pol\\_art\\_extienden-ley-habili\\_2140291.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/18/pol_art_extienden-ley-habili_2140291.shtml)): “Ayer en sesión extraordinaria y con el argumento de la emergencia por las lluvias fue sancionada la norma por la Plenaria del Legislativo”.

Este es un tema más político que jurídico, ya que el texto de la ley habilitante no establece esa limitación, sino que fue más bien el discurso que asumieron los voceros del régimen.

El problema está en que el Presidente fue habilitado para legislar básicamente sobre cualquier materia, y por un largo período de tiempo (oportunidad que no ha desaprovechado, como se evidenció en las líneas anteriores). De esta manera, el Poder Ejecutivo está actuando como Poder Legislativo, sin ninguna justificación (aunque se haya pretendido justificar con la emergencia de las lluvias).

Incluso, el Presidente fue autorizado para dictar leyes orgánicas (ejemplo, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Tra-

---

99 [http://www.eluniversal.com/2010/12/17/pol\\_ava\\_asamblea-nacional-sa\\_17A4870213.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/17/pol_ava_asamblea-nacional-sa_17A4870213.shtml)

bajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), de conformidad con el artículo 2 de la ley habilitante, que dispone:

Cuando se trate de un Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, al cual el Presidente de la República le confiera carácter Orgánico y que no sea calificado como tal por la Constitución Nacional, deberá remitirse, antes de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que ésta se pronuncie sobre la constitucionalidad de tal carácter, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta disposición es inconstitucional. En efecto, el artículo 203 de la Constitución establece que las leyes orgánicas son “las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes”.

Asimismo, tal artículo establece que la Sala Constitucional se debe pronunciar sobre “la constitucionalidad de su carácter orgánico”.

Pero lo que nos interesa destacar en este momento es que las leyes orgánicas sólo pueden ser promulgadas por la Asamblea Nacional, y no sólo eso, sino que son tan importantes, que la Constitución establece una mayoría calificada para su aprobación y modificación:

Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas.

Claramente se viola esta disposición constitucional de que las leyes orgánicas deben ser aprobadas por mayoría calificada de la Asamblea Nacional si el Ejecutivo las dicta.

Por otra parte, una de las leyes mencionadas en la anterior lista se le ha criticado que adicionalmente atenta contra la seguridad jurídica desde otro punto de vista. Se trata del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y

Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos, En efecto, podemos citar artículo del diario El Nacional<sup>100</sup>:

Con la nueva Ley de Contribución Especial sobre Precios Extraordinarios y Exorbitantes del Mercado Internacional de Hidrocarburos –conocida también como la ley del impuesto a la ganancia súbita– se intentan elevar los aportes de Petróleos de Venezuela al Gobierno. Sin embargo, se restringen los recursos que requiere la empresa para su plan de inversión y, además, **genera mayor incertidumbre sobre las inversiones en el país.**

**“Esta medida pone en evidencia la rapidez con la cual el gobierno del presidente Hugo Chávez puede modificar las reglas de juego en Venezuela”**, advirtió la banca de inversión Credit Suisse en un informe que preparó sobre este tributo. “Creemos que el aumento de las tasas de impuestos extraordinarios podría desalentar la inversión privada en el sector, a pesar de que no aplican para nueva producción”, agrega” (negritas nuestras).

Justamente, esta rapidez con la que cambian las reglas de juego, puede no ser ilegal, pero indubitavelmente atenta gravemente contra la seguridad jurídica. Encontramos numerosos ejemplos de esta realidad. Por ejemplo, en junio de 2010 fue prohibido expedir nuevos permisos y renovar las licencias de casinos, salas de bingo y maquinas tragañiques. No pretendemos juzgar si estos negocios deberían existir o no, sino simplemente llamar la atención a que un día estaban permitidos, y al día siguiente cesaron de existir. Esto conlleva a una serie de implicaciones, tanto económicas para los dueños, como sociales para los empleados.

Un ejemplo de la misma naturaleza lo encontramos en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.975 Extraordinario de fecha 17 de mayo de 2010. Ésta trajo como novedad que se incluyera a los títulos valores dentro del concepto de divisas (artículo 2). De acuerdo a su artículo 9, es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela la venta y compra de divisas. De esta manera, quedó prohibido el mercado permuta que venían llevando a cabo las casas de bolsa, y la única manera legal de adquirir dólares pasó a ser a través de la Comisión de Administración de Divisas, CADIVI, y del Sistema de

---

100 [http://el-nacional.com/www/site/p\\_contenido.php?q=nodo/203792/Econom%C3%ADa/El-impuesto-a-la-ganancia-s%C3%BAbita-desalienta-lainversi%C3%B3n-privada](http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/203792/Econom%C3%ADa/El-impuesto-a-la-ganancia-s%C3%BAbita-desalienta-lainversi%C3%B3n-privada)

Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera, SITME, que fue luego creado para tal efecto. De manera que de un día para otro, dejó de ser legal una alternativa a la que muchos individuos y muchos comerciantes acudían. Consideramos nuevamente que se trata de un cambio brusco en las reglas de juego, contrario a la seguridad jurídica.

Adicionalmente, han sido fuertemente criticados el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (en lo sucesivo, la “Lottt”) y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal (en lo sucesivo, el “COPP”).

La Lottt fue fuertemente criticada por no haberse llevado a cabo la consulta ordenada por la Constitución. En efecto, el artículo 211 de la misma, relativo al proceso de formación de leyes, establece: “La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos”.

Sin embargo, FEDECÁMARAS no fue consultada, de conformidad a lo expresado por su presidente en artículo del diario El Universal<sup>101</sup>:

El presidente de Fedecámaras, Jorge Botti, denunció ante la Organización Internacional de Empleadores (OIE) el acoso del Gobierno nacional contra el sector privado en Venezuela. La “aprobación inconsulta” de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (Lottt), la Ley de Costos y Precios Justos y las expropiaciones fueron algunas de las restricciones que enumeró Botti...

...Sobre la Lottt aseveró que se trata de una ley inconstitucional que “fue dictada en un ambiente de secretismo, al margen de la sociedad”.

La falta de consulta y secretismo, en el proceso de formación de leyes, también atenta contra la seguridad jurídica, porque los actores que se verán afectados por determinada ley no saben a qué atenerse.

Al COPP se le ha criticado su contenido inconstitucional, pero no queremos adentrarnos en este tema, porque el enfoque de este trabajo

---

101 <http://www.eluniversal.com/economia/120530/fedecamaras-denuncio-ante-la-oie-acoso-contra-el-sector-privado-imp>

es la inseguridad jurídica ocasionada por la manera en que se legisla en Venezuela (aunque claramente el hecho de que se publiquen leyes inconstitucionales atenta contra la seguridad jurídica, porque ya los ciudadanos no tienen ni siquiera la Constitución como garantía de un mínimo en que confiar).

## 2. Legislación por el Poder Judicial

Preocupa igualmente, que en los últimos 12 años no ha sido común únicamente que legisle el Poder Ejecutivo, sino también ha sido común que legisle el Poder Judicial, y ello, a diferencia del Presidente de la República legislando a través de Decretos-Leyes, no tiene ningún fundamento legal.

En efecto, conforme al artículo 253 de la Constitución, la función del Poder Judicial es conocer de las causas que sean de su competencia, y dictar sentencias:

La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

A continuación ilustraremos esta situación a través de algunos ejemplos concretos:

### 1. Revisión Constitucional

La Constitución de 1999 estableció el recurso de revisión, en su artículo 336, en los siguientes términos:

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: ...10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Es decir, que se le dio a la Sala Constitucional la potestad de revisar las sentencias definitivamente firmes en dos casos muy concretos: (i) sentencias de amparo constitucional y (ii) sentencias de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas.

La disposición constitucional dejó abierta la posibilidad de que se regulara dicha revisión a través de ley orgánica. Sin embargo, dicha disposición no fue sólo regulada, sino además extendida, no a través de ley, sino a través de sentencia.

En efecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictó sentencia de fecha 6 de febrero de 2001, expediente N° 00-1529, en el caso Corporación De Turismo de Venezuela (CORPOTURISMO), en que estableció cuándo procede la revisión por la Sala Constitucional.

Dicha célebre sentencia estableció en su capítulo denominado “Delimitación de la potestad de revisión de sentencias definitivamente firmes” lo siguiente:

Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.
2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.
4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional.

De manera que las sentencias establecidas en los puntos 1 y 2 (sentencias de amparo constitucional y sentencias de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, se ajustan a lo establecido en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución (interpretando la Sala que tal disposición incluye la revisión de sentencias de otras Salas del

Tribunal Supremo de Justicia). Sin embargo, las sentencias establecidas en los puntos 3 y 4, no se encuentran en el artículo 336 de la Constitución.

Se le atribuyó vía sentencia a la Sala Constitucional la facultad de adicionalmente revisar: (i) las sentencias que se aparten u obvien interpretaciones de la Constitución por sentencias de la Sala Constitucional y (ii) las sentencias que claramente hayan cometido un “error grotesco” interpretando la Constitución o que la hayan obviado por completo.

La argumentación utilizada por la Sala en dicha oportunidad, es que no se debía interpretar el artículo 336 de la Constitución aisladamente, sino conjuntamente con el artículo 335, que dispone:

El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Sin embargo, el artículo 335 se refiere a que las interpretaciones llevadas a cabo por la Sala Constitucional son vinculantes, es decir, que las demás Salas y tribunales deben apegarse a lo establecido por la Sala Constitucional; que no es lo mismo a que la Sala Constitucional tenga una potestad de revisión de las sentencias definitivamente firmes.

Al respecto, la Sala Constitucional argumentó:

Ahora bien, ¿cómo puede esta Sala ejercer esa potestad máxima de interpretación de la Constitución y unificar el criterio interpretativo de los preceptos constitucionales, si no posee mecanismos extraordinarios de revisión sobre todas las instancias del Poder Judicial incluyendo las demás Salas en aquellos casos que la interpretación de la Constitución no se adapte al criterio de esta Sala ? Es definitivamente incongruente con la norma constitucional contenida en el artículo 335 antes citado que, habiendo otorgado la Constitución a esta Sala el carácter de máximo intérprete de los preceptos constitucionales en los términos antes señalados, y habiendo establecido el Texto Fundamental el carácter vinculante de tales decisiones, no pueda esta Sala de oficio o a solicitud de la parte afectada por una decisión de alguna otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia o de algún tribunal o juzgado de la República, revisar la sentencia que contraría una interpretación de

algún precepto constitucional previamente establecido o que según esta Sala erróneamente interprete la norma constitucional.

De conformidad con lo anterior, sería inútil la función integradora y de mantenimiento de la coherencia o ausencia de contradicciones en los preceptos constitucionales ejercida por esta Sala, si ésta no poseyera la suficiente potestad para imponer el carácter vinculante de sus interpretaciones establecido expresamente en el artículo 335 de la Constitución o que no pudiera revisar sentencias donde es evidente y grotesca la errónea interpretación.

No nos oponemos a este argumento. Sin embargo, la vía no era a través de una sentencia, sino a través de una ley.

Que sea lógico o no que la Sala Constitucional se haya convertido en una “Supersala”, como se refirió Antonio Canova, no está en discusión en el presente artículo. Simplemente se quiere dejar constancia de que la Sala Constitucional en tal sentencia se extralimitó sus facultades, y legisló.

## 2. Arreglo amigable en procedimiento de expropiación

El artículo 22 de la Ley Orgánica de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.475, de fecha 1 de julio de 2002, establece que dentro del procedimiento de expropiación, el primer paso debe ser el arreglo amigable:

El ente expropiante, una vez publicado el decreto de expropiación, procederá a iniciar el trámite de adquisición del bien afectado **por vía del arreglo amigable** y, a tales efectos, lo hará valorar por peritos designados de conformidad con el artículo 19 de esta Ley, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 20 ejusdem. A los fines de la notificación a los propietarios, poseedores y, en general, a todo el que tenga algún derecho sobre el bien afectado, ésta se hará mediante la publicación de un aviso de prensa, publicado por una sola vez, en un diario de los de mayor circulación nacional y en alguno de la localidad donde se encuentre el bien, si lo hubiere, para que dentro de los treinta (30) días continuos siguientes contados a partir de su publicación, concurren ante la entidad expropiante.

El justiprecio del bien a expropiar será notificado por escrito a los propietarios o sus representantes legales, quienes deberán manifestar en el acto de la notificación o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes por escrito, si aceptan o no la tasación practicada.

En caso de no concurrir ningún interesado o de no aceptación, por alguna de las partes del justiprecio practicado, **se dará por agotado el arreglo amigable y el ente expropiante podrá acudir a la vía judicial para solicitar la expropiación** del bien afectad (negritas nuestras).

De manera que la disposición legal es bastante clara en que el ente expropiante debe primero intentar el arreglo amigable, y si, y sólo si, éste no es posible, entonces se procede a la vía judicial.

Sin embargo, la Sala Político Administrativa, en su sentencia de fecha 28 de abril de 2010, expediente N° 1990-7219, caso Matilde Raven Vallenilla y Francisco Guerra Hernández dispuso:

8.- Ausencia de arreglo amigable. Por otra parte, la representación judicial de la parte recurrente señala que en el procedimiento expropiatorio no se dio cumplimiento con la fase de arreglo amigable pues la notificación realizada por el a quo no fue efectuada en la persona de los demandados, ciudadanos Francisco Guerra Hernández y Matilde Raven Vallenilla. Al respecto, el Juzgado a quo estimó que la inexistencia de la etapa del arreglo amigable no apareja una violación legal de tal entidad que condujera a la anulación del acto, tal como podría serlo por ejemplo, la ausencia total y absoluta de procedimiento, o la manifiesta incompetencia del órgano. Igualmente, indicó que la actitud de los expropiados no estuvo orientada a la búsqueda de un arreglo amigable; razón por la cual mal podían los oponentes pretender como vicio de ilegalidad la falta de un arreglo amigable. En este sentido, el Parágrafo Único del artículo 3° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, aplicable *ratione temporis*, establece lo siguiente: Artículo 3°.- (omissis)

Parágrafo Único.- Antes de procederse a la expropiación se gestionará un arreglo amigable con los propietarios; pero en todo caso el avalúo se sujetará a las normas previstas en este Decreto”. La norma parcialmente transcrita evidencia que el arreglo amigable es una fase previa y ajena al juicio expropiatorio, pues una vez que se decreta la afectación del inmueble, el ente expropiante gestionará el arreglo amigable con los propietarios y, en caso de no alcanzarse el mismo, se procederá a demandar la expropiación ante el tribunal competente.

**En este sentido, advierte la Sala que el arreglo amigable constituye una fase previa a la judicial cuyo propósito, en caso de culminar satisfactoriamente, es evitar el procedimiento jurisdiccional y lograr en sede administrativa el avenimiento a la expropiación. Sin embargo, resulta necesario precisar que la Administración tiene plena discrecionalidad para considerar en cuáles casos es conveniente insistir en las gestiones amigables.**

**Igualmente, debe señalarse que la fase del arreglo amigable en modo alguno puede estimarse como un pre-requisito procesal a la solicitud de expropiación que se formula ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en el procedimiento establecido en Ley de Expropiación por Causa de Utilidad o Social, aplicable *ratione temporis*, no se exige para admitir la solicitud de expropiación que se haya efectuado el arreglo amigable (artículo 19 y siguientes de la mencionada Ley). Por esta razón, estima la Sala que en el caso de autos la ausencia de la fase de arreglo amigable establecida en el **Parágrafo Único del artículo 3 de la aludida Ley, no puede servir de fundamento para oponerse al procedimiento expropiatorio**, pues, como se señaló, no es un requisito para solicitarla jurisdiccionalmente. Aunado a lo anterior, evidencia la Sala, que en el curso del procedimiento la parte apelante no manifestó intención alguna de llegar a un arreglo amigable con la empresa MARAVEN, S.A.; por el contrario, en todo momento alegó que el Decreto Expropiatorio se encontraba viciado de nulidad. Por esta razón, la Sala desecha el alegato sobre la ausencia de arreglo amigable como vicio en el procedimiento. Así se declara (negritas nuestras).**

Vemos con preocupación entonces como se modificó una disposición legal, a través de una sentencia.

Además, nos podemos dar cuenta de la falta de seriedad de la actual Sala Político Administrativa, la cual apenas unos meses después, en sentencia de fecha 11 de noviembre de 2010, expediente N° 2009-0431, caso Dorothea Margarita Phelps Tovar de Granier contra la sentencia de fecha 10.02.09, dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas con motivo del juicio de expropiación interpuesto por CORPOVARGAS, manifestó:

2. De la ausencia de arreglo amigable.

Alegan los apoderados judiciales de la ciudadana Dorotea Margarita Phelps Tovar de Granier, que la demanda de expropiación debe ser desestimada por cuanto el ente expropiante no cumplió con el requisito previo establecido en el artículo 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, el cual dispone la obligatoriedad del trámite de adquisición del bien afectado por vía del arreglo amigable antes de acudir al procedimiento judicial...

Con vista a lo puesto, considera esta Alzada oportuno transcribir el contenido del artículo 22 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República

Bolivariana de Venezuela N° 37.475 del 1° de julio 2002, el cual prevé lo siguiente:...

**De la norma transcrita se desprende de manera indubitable, la obligación del ente expropiante de agotar la fase administrativa del proceso expropiatorio relativo al arreglo amigable....**

**Ahora bien, conforme a lo antes señalado el arreglo amigable constituye una etapa previa a la judicial cuyo propósito, en caso de culminar satisfactoriamente, es evitar el procedimiento jurisdiccional y lograr en sede administrativa el avenimiento a la expropiación... (negritas nuestras).**

De cualquier manera, lo que nos interesa en este momento es hacer énfasis en que la Sala Político Administrativa, mediante sentencia, pretendió modificar una disposición legal.

#### **IV. CONCLUSIONES**

A través del presente artículo se buscó evidenciar las irregularidades e ilegalidades cometidas por el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial en lo relativo a la legislación, mediante ejemplos muy concretos.

En primer lugar, se hizo referencia a las irregularidades en las que ha incurrido el Poder Legislativo al dictar leyes a través de la Asamblea Nacional en los últimos doce años. Se mencionaron específicamente ejemplos de leyes que han sido reimpresas alegando “errores materiales”, y reimprimiéndose con cambios en su contenido. Asimismo, se mencionaron ejemplos de leyes que se dictaron apresuradamente, antes de que la Asamblea actual, incuestionablemente más heterogénea, tomara posesión. Y por último, se hizo referencia a ejemplos de leyes que han sido modificadas una y otra vez, lo cual consideramos atenta contra el principio de la seguridad jurídica.

En segundo lugar, se explicó cómo el Poder Ejecutivo ha legislado en exceso en los últimos 12 años a través de los Decretos-Leyes, y cómo el Poder Judicial ha pretendido legislar, o modificar disposiciones legales, lo cual no es su competencia.

Todas las leyes analizadas a lo largo de este artículo evidencian que no se trata de un caso aislado, de un error, sino que ésta es la manera como se legisla en el régimen de Hugo Chávez.

Además, hay muchísimos otros ejemplos que evidencian la falta de seguridad jurídica que existe en el país, como por ejemplo las constantes expropiaciones y la falta de penalización de las invasiones, pero ello escapa el objeto del presente trabajo, que fue analizar la falta de seguridad jurídica desde el punto de vista de la forma de legislar.

Todo esto nos lleva a concluir que en la actualidad no existe seguridad jurídica en Venezuela, ya que el ciudadano común no sabe a qué atenerse bajo los constantes cambios, irregularidades e ilegalidades.

## **V. BIBLIOGRAFÍA**

### **Referencias Bibliográficas:**

Canova González, A. La “Supersala” (Constitucional) del Tribunal Supremo de Justicia”. *Revista de Derecho Constitucional* N° 3.

García-Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, Venezuela. 2002 (p. 157).

Latorre, A. *Introducción al Derecho*. Ariel. Barcelona, España. 2002 (p. 16)

Madariaga Gutiérrez, M. *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1993 (página 20, 25, 26, 27, 31, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44)

Olaso, L. y Casal, J. *Curso de Introducción al Derecho*, Tomo I. UCAB. Caracas, Venezuela (página 427)

Pérez-Luño, A. *La Seguridad Jurídica*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1994 (p. 9, 10, 11, 19, 20, 22, 26, 28, 29, 30, 31-37, 61).

### **Gacetas Oficiales:**

Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.

Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.930 Extraordinario de fecha 4 de septiembre de 2009 (antes publicado en Gaceta Oficial N° 5.894 Extraordinario de fecha 26 de agosto de 2008; Gaceta Oficial N° 38.536 de fecha 4 de octubre de 2006; Gaceta Oficial N° 5.558 Extraordinario de fecha 14 de noviembre de 2001 y Gaceta Oficial N° 37.022 de fecha 25 de agosto de 2000).

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.
- Constitución de la República de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 3.357 Extraordinario de fecha 2 de marzo de 1984.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario de fecha 15 de junio de 2012.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.020 Extraordinaria de fecha 21 de marzo de 2011.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.632 de fecha 26 de febrero de 2007 (antes publicada en Gaceta Oficial N° 38.625 de fecha 13 de febrero de 2007; Gaceta Oficial N° 38.435 de fecha 12 de mayo de 2006; Gaceta Oficial N° 38.424 de fecha 26 de abril de 2006; Gaceta Oficial N° 38.263 de fecha 1 de septiembre de 2005; Gaceta Oficial N° 37.999 de fecha 11 de agosto de 2004; Gaceta Oficial N° 5.601 de fecha 30 de agosto de 2002; Gaceta Oficial N° 5.600 de fecha 26 de agosto de 2002; Gaceta Oficial N° 37.480 de fecha 9 de julio de 2002; Gaceta Oficial N° 37.006 de fecha 3 de agosto de 2000; Gaceta Oficial N° 37.002 de fecha 28 de julio de 2000; y Gaceta Oficial N° 5.341 Extraordinario de fecha 05 de mayo de 1999).
- Ley contra los Ilícitos Cambiarios, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.975 Extraordinario de fecha 17 de mayo de 2010.
- Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.666 de fecha 4 de mayo de 2011.
- Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.475 de fecha 1 de julio de 2002.
- Ley de la Actividad Aseguradora, impresa el 29 de julio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 5.990 Extraordinario, y reimpressa el 5 de agosto de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.481.

¿SE PUEDE HABLAR DE SEGURIDAD JURÍDICA EN VENEZUELA...?

Ley de Mercado de Valores, impresa el 17 de agosto de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.489, y reimpressa el 5 de noviembre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.546

Ley de Publicaciones Oficiales, publicada en la Gaceta Oficial N° 20.546 de fecha 22 de julio de 1941.

Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, impresa el 22 de diciembre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.579, y reimpressa el 7 de febrero de 2011, en la Gaceta Oficial N° 39.610.

Ley Orgánica de Drogas, impresa el 15 de septiembre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.510, y reimpressa el 21 de octubre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.535.

Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.493 de fecha 4 de agosto de 2006.

Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, impresa el 16 de junio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.447, y reimpressa el 21 de diciembre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.578.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, impresa el 29 de julio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario, y reimpressa el 1 de octubre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.522.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta N° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004.

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, impresa el 16 de junio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.447, y reimpressa el 22 de junio de 2010, en la Gaceta Oficial N° 39.451.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario de fecha 1 de julio de 1981.

Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para Dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera requeridas por el Interés Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.687 de fecha 26 de abril de 1999.

Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en la

Gaceta Oficial N° 37.076 de fecha 13 de noviembre de 2000.

Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las Materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.617 de fecha 1 de febrero de 2007.

Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.009 Extraordinario de fecha 17 de diciembre de 2010.

**Sentencias:**

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 8 de junio de 2000, expediente 00-834, caso Federación Médica Venezolana Vs. puntos Uno y Tres del Art. Único de la Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, de fecha 02/09/1998.

- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 6 de febrero de 2001, expediente 00-1529, caso Corporación de Turismo de Venezuela (CORPOTURISMO).
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de noviembre de 2006, expediente 05-105, caso Commercial Turbine Services, LTD., (CTS) vs. Aserca Airlines, C.A.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 20 de noviembre de 2006, expediente 2004-001016, caso Eurofood IFSC Limited.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 23 de octubre de 2009, expediente 2004-000475, caso Mariano de Jesús Torres Romero y otros vs Shell Oil Company y otros.
- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 9 de noviembre de 2009, expediente 2004-000674, caso Félix del Carmen Jiron y otros vs. Dow Chemical Company y otros.

¿SE PUEDE HABLAR DE SEGURIDAD JURÍDICA EN VENEZUELA...?

- Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de noviembre de 2009, expediente 2004-000641, caso Cándida Rosa Nuñez Portillo y otros vs Dow Chemical Company y otros.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de junio de 2007, expediente 2000-1266, caso Northstar Trade Finance INC.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de abril de 2010, expediente 1990-7219, caso Matilde Raven Vallenilla y Francisco Guerra Hernández.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de noviembre de 2010, expediente 2009-0431, caso Dorothea Margarita Phelps Tovar de Granier contra la sentencia de fecha 10.02.09, dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas con motivo del juicio de expropiación interpuesto por CORPOVARGAS.

### **Referencias electrónicas**

Asamblea Nacional sancionó Ley Habilitante por 18 meses (página web: [http://www.eluniversal.com/2010/12/17/pol\\_ava\\_asamblea-nacional-sa\\_17A4870213.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/17/pol_ava_asamblea-nacional-sa_17A4870213.shtml), consultada el 6 de diciembre de 2011).

Destacan fortalecimiento de la oposición en la Asamblea (página web: [http://www.eluniversal.com/2011/01/04/pol\\_ava\\_destacan-fortalecimi\\_04A4930971.shtml](http://www.eluniversal.com/2011/01/04/pol_ava_destacan-fortalecimi_04A4930971.shtml), consultada el 27 de marzo de 2011).

Extienden Ley Habilitante por 18 meses “a petición del pueblo” (página web: [http://www.eluniversal.com/2010/12/18/pol\\_art\\_extiendenley-habili\\_2140291.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/18/pol_art_extiendenley-habili_2140291.shtml), consultada el 6 de diciembre de 2011).

El impuesto a la ganancia súbita desalienta la inversión privada (página web: [http://el-nacional.com/www/site/p\\_contenido.php?q=nodo/203792/Econom%C3%ADa/El-impuesto-a-la-ganancia-s%C3%BAbita-desalienta-la-inversi%C3%B3n-privada](http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/203792/Econom%C3%ADa/El-impuesto-a-la-ganancia-s%C3%BAbita-desalienta-la-inversi%C3%B3n-privada), consultada el abril de 2011).

Fedecámaras denunció ante la OIE acoso contra el sector privado (página web: <http://www.eluniversal.com/economia/120530/fedecamaras-denuncio-ante-la-oie-acoso-contr-el-sector-privado-imp>, consultada el 25 de julio de 2012).

Gobierno prohíbe dar o renovar permisos para casinos (página web: [http://www.eluniversal.com/2010/06/22/pol\\_art\\_gobierno-prohibe-dar\\_1946707.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/06/22/pol_art_gobierno-prohibe-dar_1946707.shtml), consultada el 16 de diciembre de 2011).

<http://ve.microjuris.com> (página consultada el 3 de abril de 2012).

[http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR\\_CONTENIDO\\_SENIAT/02NORMATIVA\\_LEGAL/2.4TRIBUTOS\\_INTERNOS/2.4.03IVA/2.4.3.1IVA\\_LEYES](http://www.seniat.gob.ve/portal/page/portal/MANEJADOR_CONTENIDO_SENIAT/02NORMATIVA_LEGAL/2.4TRIBUTOS_INTERNOS/2.4.03IVA/2.4.3.1IVA_LEYES) (página consultada el 27 de marzo de 2011).

<http://www.asambleanacional.gob.ve> (página consultada el 3 de abril de 2012).

[http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com\\_estatusleyes&Itemid=254&lang=es](http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_estatusleyes&Itemid=254&lang=es) (página consultada el 24 de julio de 2012).

<http://www.tsj.gov.ve> (página consultada el 21 de marzo de 2012).

Juramentada la nueva Asamblea Nacional (página web: [http://www.eluniversal.com/2011/01/05/pol\\_ava\\_juramentada-la-nueva\\_05A4935373.shtml](http://www.eluniversal.com/2011/01/05/pol_ava_juramentada-la-nueva_05A4935373.shtml), consultada el 27 de marzo de 2011).

Mesa deplora mecanismo para designar a magistrados (página web: [http://www.eluniversal.com/2010/12/07/pol\\_ava\\_mesa-deplora-mecanis\\_07A4826291.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/07/pol_ava_mesa-deplora-mecanis_07A4826291.shtml), consultada el 27 de marzo de 2011).

“Milicia pasa a ser un cuerpo armado paralelo a Fuerza Armada” (página web: <http://www.eluniversal.com/2011/03/30/milicia-pasa-a-ser-un-cuerpo-armado-paralelo-a-fuerza-armada.shtml>, consultada el 2 de abril de 2011).

RSF preocupada por leyes que asientan el monopolio presidencial (página web: [http://www.eluniversal.com/2010/12/22/pol\\_ava\\_rsf-preocupada-por-l\\_22A4886499.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/12/22/pol_ava_rsf-preocupada-por-l_22A4886499.shtml), consultada el 27 de marzo de 2011).

¿SE PUEDE HABLAR DE SEGURIDAD JURÍDICA EN VENEZUELA...?

Textos Normativos Publicados en Gaceta Oficial: 1999-2009 (página web: <http://www.ucab.edu.ve/resena-legislativa-nacional.html>, consultada el 30 de marzo de 2011).

Vecchio: Actual AN no tiene legitimidad ni representatividad (página web: [http://www.eluniversal.com/2010/09/15/v2010\\_ava\\_vecchio:-actual-an-n\\_15A4472217.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/09/15/v2010_ava_vecchio:-actual-an-n_15A4472217.shtml), consultada el 31 de marzo de 2011).

Venezuela eligió Asamblea multicolor (página web: [http://www.eluniversal.com/2010/09/27/pol\\_art\\_venezuela-eligio-asa\\_2050911.shtml](http://www.eluniversal.com/2010/09/27/pol_art_venezuela-eligio-asa_2050911.shtml), consultada el 27 de marzo de 2011).

[www.pgr.gov.ve](http://www.pgr.gov.ve) (página consultada el 3 de abril de 2012).

# Las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo

José Valentín González P.

## RESUMEN:

La cláusula del Estado social de Derecho, reconocida en la Constitución de Venezuela, tiene rasgos totalitarios, en tanto promueve la configuración de la sociedad desde el propio Estado. Como resultado de esos riesgos, han derivado instituciones de Derecho Administrativo que son contrarias a la libertad del ciudadano.

## Palabras clave:

Estado social, totalitarismo, Derecho Administrativo, libertad del ciudadano

## ABSTRACT:

The welfare state clause in the Venezuelan Constitution has totalitarian features. It promotes a societal order conducted by the State. As a result of these totalitarian features, institutions of Administrative Law are contrary to citizen's freedom.

## Key words:

Welfare State, totalitarianism, citizen freedom.

## I. INTRODUCCIÓN

En este artículo no se sostiene que el Estado Social y Democrático de Derecho sea un Estado Total o Totalitario. Claramente se señala que el Estado Social y Democrático de Derecho tiene rasgos totalitarios pero, evidentemente, carece de otras características para poder ser catalogado como total o totalitario, tales como el régimen de partido único, el mo-

\* Profesor de Derecho Administrativo I. Universidad Católica Andrés Bello

nopolio de los medios de comunicación, la completa estatización de las actividades económicas y profesionales, entre otras características señaladas por los teóricos del totalitarismo.<sup>1</sup> No obstante, tal como se expondrá ampliamente, el Estado Social y Democrático de Derecho sí posee rasgos típicamente totalitarios, tales como la superación de la *separación entre Estado y Sociedad* que se concreta en el otorgamiento al Estado de un poder *configurador* o *conformador* del orden social y económico.

Según los teóricos del Estado Social y Democrático de Derecho, ese poder *configurador* no es absoluto ya que tiene como límite un conjunto de derechos individuales reconocidos constitucionalmente o mediante instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, en nuestro criterio, esos derechos individuales están tan debilitados en comparación con los derechos individuales del Estado Liberal de Derecho que ya no pueden servir de contención efectiva al poder estatal. Quizás ello explique que la última línea de defensa de esos derechos individuales se haya trasladado a tribunales internacionales de derechos humanos.

Atacar el Estado Social y Democrático de Derecho implica graves riesgos académicos porque se ha convertido en una especie de tótem en el Derecho Público continental. Para muchos, el Estado Social y Democrático de Derecho es como la tierra prometida del constitucionalismo. Sin embargo, no debemos olvidar que el origen del constitucionalismo es la defensa de la Libertad por lo cual es perfectamente lógico examinar si ese nuevo modelo de Estado responde o no a ese espíritu original.<sup>2</sup>

Cuestionar al Derecho Administrativo es incluso más riesgoso. He sido profesor de Derecho Administrativo por más de quince años. Por décadas nos han enseñado y hemos enseñado que esta disciplina jurídica puede ser un instrumento al servicio de la Libertad. No obstante, tengo la absoluta convicción de que sus instituciones fundamentales son iliberales y están al servicio de las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho. No podemos dejar que la fascinación por su coherencia y su solidez nos impida ver que el Derecho Administrativo, tal como lo conocemos, representa un peligro para la Libertad. No desconozco

---

1 **Cf. Aron, Raymond;** *Democracy & Totalitarianism, A Theory of Political Systems*, Ann Arbor Paperback 1990, pp. 193-194.

2 **Sobre las diferentes nociones de Libertad dentro del liberalismo, Cf. Rothbard, Murray;** *La Ética de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid 1995, pp. 275-341.

que se han hecho esfuerzos por controlar los excesos del poder estatal, pero considero que se trata de una lucha desigual contra un conjunto de instituciones que se identifican con un modelo de Estado cuyo objetivo principal ya no es la defensa de la Libertad.

## II. DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

### 2.1. El Estado Liberal de Derecho

En contraste con la idea del Estado Absoluto, el Estado Liberal de Derecho que se va configurando como producto de las revoluciones inglesa de 1688, americana de 1775 y francesa de 1789 se caracterizó por (i) el reconocimiento de unos derechos inherentes a los individuos que son previos a la existencia del Estado y que constituyen esferas inmunes a su actuación (ii) el sometimiento del Estado al derecho (iii) la existencia de tribunales autónomos e independientes capaces de proteger esos derechos ante las actuaciones ilegales del Estado (iv) la separación y autonomía de los poderes públicos (v) la despersonalización del poder y (vi) *la separación entre Estado y Sociedad*.<sup>3</sup>

De todas esas características, la *separación entre Estado y Sociedad* era la más importante ya que condensaba el pensamiento liberal en relación al rol del Estado. En efecto, ello implicaba que la Sociedad era un orden espontáneo que no debía ser modificado por el Estado, cuya tarea se limita a garantizar su funcionamiento autónomo e independiente.<sup>4</sup>

---

3 Evidentemente se trata de un modelo ideal ya que algunas de esas características no se verificaron en determinados países. No obstante, el sistema político de los Estados Unidos de América en el Siglo XIX se acercó mucho a ese modelo. Hemos hecho una enunciación propia de los elementos del Estado Liberal de Derecho. Sin embargo, esos elementos coinciden básicamente con los señalados por algunos autores. Cf. Combellas, Ricardo; *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*, EJV. Caracas 1990, pp. 11 y ss.

4 García-Pelayo, Manuel; *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid 1994, 8va reimpresión de la 2da. Edición, p. 22.

## 2.2. La Democratización del Estado Liberal de Derecho

En aquellos países donde se impuso el paradigma liberal, tales como los Estados Unidos de América, la elección de las autoridades se realizaba mediante sufragio censitario o restringido. Normalmente se excluía a las mujeres y además se excluía a los hombres que carecían de un determinado nivel de instrucción o un determinado nivel de rentas o patrimonio. Asimismo, en ciertos casos existieron exclusiones por motivos raciales. Luego, al final del siglo XIX y principios del siglo XX, se va introduciendo progresivamente el sufragio universal en los Estados Unidos de América y en Europa Occidental.<sup>5</sup>

En principio, el sufragio universal no implicó un cambio en el modelo del Estado Liberal de Derecho ya que ese modelo de Estado puede, teóricamente, funcionar tanto con un sistema de sufragio censitario como con un sistema de sufragio universal. No obstante, cuando sólo los propietarios de los medios de producción eran los electores, era mucho más sencillo mantener la *separación entre Estado y Sociedad* ya que esas personas estaban más inclinadas a lograr la satisfacción de sus necesidades y la protección de sus intereses a través del mercado que era su ámbito normal de actuación.

Cuando se universaliza el sufragio, surge la tentación populista de desnaturalizar ese importante logro y conquistar el apoyo de los electores mediante la promesa de utilizar el monopolio de la fuerza del Estado para alterar los resultados del funcionamiento espontáneo de la Sociedad y el mercado. Dado que muchas de las personas que se incorporaron al sufragio eran las menos favorecidas económicamente, se les sedujo señalándoles que los resultados del mercado eran injustos, que estaban siendo explotados por los propietarios, que su pobreza se debía a que se les arrebatava el producto de su trabajo y que el Estado debía corregir esas injusticias para el beneficio de las mayorías. Mediante la *democratización* del Estado Liberal de Derecho se abrieron las puertas a la superación del principio de la *separación entre Estado y Sociedad*.<sup>6</sup> Así, nos encontramos

---

5 Cf. Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online. Encyclopædia Britannica Inc., 2012. Web. 03 Feb. 2012. <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/571785/suffrage>.

6 Cf. Bobbio, Norberto; *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2008, 5ta Reimpresión de la 3era Edición, p. 43.

ante el ataque frontal del populismo contra el Estado Liberal de Derecho, aunque en algunos casos ese ataque se disfrace de científico, como sucede con los partidos socialistas de inspiración marxista.

### 2.3. El Estado Social y Democrático de Derecho

Durante un determinado período, el Estado Liberal de Derecho coexistió con la democracia. Se configura temporalmente el Estado Liberal y Democrático de Derecho. No obstante, la dinámica del juego electoral terminó por destruir el carácter liberal de ese modelo de Estado. Progresivamente se fue diluyendo el principio de la *separación entre Estado y Sociedad*, incluso en los Estados Unidos de América. Estamos ante el nacimiento del Estado Social.<sup>7</sup>

Constitucionalmente, se usa por primera vez la expresión Estado Social y Democrático de Derecho en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. No obstante, el Estado Social y Democrático de Derecho ya era una realidad muchas décadas atrás. Después de la Gran Depresión, el Estado Social se va configurando claramente en los Estados Unidos de América bajo el modelo del *Welfare State*. Asimismo, la idea del Estado Social ya estaba presente en la Constitución de Querétaro de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919.<sup>8</sup>

¿Cuál es la diferencia fundamental entre el Estado Liberal de Derecho y el Estado Social y Democrático de Derecho? No se trata del principio democrático, es decir, el sufragio universal, ya que teóricamente es posible concebir un Estado Liberal y Democrático de Derecho. La diferencia fundamental entre ambos modelos es la eliminación del principio de la *separación entre Estado y Sociedad* y el otorgamiento al Estado del rol de *conformador o configurador del orden social y económico*.<sup>9</sup>

7 Pipes señala la década de 1880 como el momento del inicio de este proceso. Cf. Pipes, Richard; *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid- México D.F., 1999, 1era Edición en castellano, p. 292 y ss.

8 Para algunos autores existe una clara diferencia entre el Estado Social y el Estado de Bienestar. Con base en ese criterio, ellos podrían argumentar que lo que surgió antes de la II Guerra Mundial fue el Estado de Bienestar, el cual no puede ser calificado aún como Estado Social por la ausencia de las notas políticas, legales e ideológicas. Cf. Combellas, ob. cit., pp. 48-51

9 La Dasseinvorsorge de Forsthoff. Cf. Muñoz Machado, Santiago; *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, Iustel, Madrid 2006, 2da Edición, p. 1028.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, las autoridades mayoritariamente electas se convierten en *arquitectos* de la sociedad. En efecto, esas autoridades conciben un modelo de sociedad ideal que desean alcanzar y, considerándose legitimadas por el sufragio popular, proceden a intervenir el orden social y económico. Para esas autoridades, la Sociedad pasa a ser la materia prima sobre la cual van a trabajar para lograr producir el modelo social y económico que han diseñado.

Nunca falta quienes rechacen que el Estado tenga ese rol *configurador* en el Estado Social y Democrático de Derecho, ya que no desean afrontar la existencia de rasgos totalitarios en ese modelo de Estado.<sup>10</sup> No obstante, destacados doctrinarios han usado, con gran naturalidad, las siguientes expresiones para explicar ese rol: (i) “*capacidad de estructuración del orden social*”<sup>11</sup> (ii) “*responsabilidad de conformar el orden social*”<sup>12</sup> (iii) “[el] *orden económico y social [pasa] a ser el objeto mismo del Estado, realidad existente pero sometida a la potestad (facultad-deber) de configuración del poder público*”<sup>13</sup> (iv) “*la Administración es [...] conformadora del orden social*”<sup>14</sup> e (v) “*intervenciones estatales conformadoras del orden económico y social*”.<sup>15</sup>

Por otra parte, no debemos creer que el rol *configurador* se limita a la economía (como si eso no fuera suficientemente grave y peligroso para la Libertad), sino que “*la planificación ha de ser generalizada, no sólo referida al aspecto económico, sino extendida a una multiplicidad de*

---

10 En contradicción con toda la doctrina del Derecho Público y en un intento loable pero quimérico de reconciliar al Estado Social con la Libertad, se ha señalado que el mismo no implica (i) la superación de la separación entre Estado y Sociedad o (ii) el moldeamiento de la Sociedad. Cf. Hernández, José Ignacio; Estado Social y Libertad de Empresa en Venezuela; *Consecuencias Práctica de un Debate Teórico*, [http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad\\_economica\\_seminario.pdf](http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Libertad_economica_seminario.pdf)

11 García Pelayo, ob. cit., p. 23.

12 Santamaría Pastor, Juan Alfonso; *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid 2009, 2da Edición, p. 66.

13 Parejo Alfonso, Luciano; *Estado Social y Administración Pública. Los Postulados Constitucionales de la Reforma Administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 82-83.

14 Martín-Retortillo, Sebastián; *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid 1991 (Reimpresión), p. 38.

15 Brewer-Carías, Allan; “Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Antonio Moles Caubet*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Tomo I, Vol. III, UCV, Caracas 1981, p. 42.

*aspectos [...] ya que vivimos en lo que se ha llamado una sociedad planificada o programada*".<sup>16</sup> Así, el Estado Social también tiene una política familiar, la cual en el caso de Alemania ha pasado desde la compensación social por las cargas familiares, la promoción de la igualdad de oportunidades hasta el fomento de la natalidad.<sup>17</sup> En ese caso, resulta interesante ver como las políticas de bienestar social ocasionaron el descenso de la natalidad, lo cual a su vez ha comprometido la viabilidad económica de esas políticas. Se trata de una lección para la soberbia del planificador social. Un caso típico de la ley de las consecuencias imprevistas, también llamado efecto *Frankenstein*.<sup>18</sup>

### 2.3.1. Las "Tensiones" entre el Estado de Derecho y el Estado Social

Existen largas reflexiones escritas sobre la supuesta incompatibilidad entre el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado Social en el Estado Social y Democrático de Derecho. En nuestro criterio, no existe contradicción alguna entre ambos principios en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho porque el principio del Estado de Derecho, tal como se le conoció en el Estado Liberal, ya no existe. Una vez desaparecido el principio de *separación entre Estado y Sociedad*, el nuevo "*Estado de Derecho*" es muy diferente de aquel principio cuyo fin fundamental era servir de muro de contención a la fuerza expansiva del poder estatal y sus arbitrariedades. Por ello, los autores modernos acertadamente nos dan una definición desnaturalizada de ese nuevo "*Estado de Derecho*" que carece de contenidos asociados a los principios liberales.<sup>19</sup> En efecto, la idea del derecho del Estado Social es diferente a la idea del derecho en el Estado Liberal de Derecho.<sup>20</sup>

16 García-Pelayo, *ob. cit.* p. 37.

17 Cf. Meil Landewerlin, Gerardo; *El Estado de Bienestar ante el desafío demográfico: problemas de la Política Familiar Alemana en el contexto del envejecimiento de la población*, en *Revista de Estudios Políticos* N° 72, Abril-Junio 1991, p. 259, consultada en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27107&orden=0...>

18 Cf. Norton, Rob; *Unintended Consequences*, en *Concise Encyclopedia of Economics. Library of Economics and Liberty*. <http://www.econlib.org/library/Enc/UnintendedConsequences.html>

19 Por ejemplo, Santamaría Pastor señala que el nuevo "Estado de Derecho" comprende simplemente (i) el Principio de la Legalidad (ii) la Tutela Judicial y (iii) la Garantía Patrimonial. Cf. Santamaría Pastor, *ob. cit.* pp. 53 y ss.

20 Combellas, *ob. cit.* p. 57.

Asimismo, se ha señalado que existen tensiones entre el principio del Estado Social y algunos derechos individuales de contenido económico, tales como el derecho de propiedad privada. En este caso, también consideramos que no existe tal tensión. En el Estado Liberal de Derecho, la propiedad era la barrera de defensa fundamental de la Libertad contra las arbitrariedades del Estado. En nuestro criterio, lo que el Estado Social y Democrático de Derecho llama ahora propiedad es un derecho absolutamente debilitado por su llamada *función social* cuyo contenido es determinado contingentemente por el legislador en función de intereses ajenos a su titular.<sup>21</sup>

### 3.2.2. *Permanencia o Transitoriedad del Estado Social y Democrático de Derecho*

Para la socialdemocracia europea y latinoamericana, cuyo instrumento fundamental de análisis social era y sigue siendo el marxismo, el Estado Social y Democrático de Derecho era un compromiso con otros partidos políticos y grupos sociales en el camino hacia el Socialismo, entendido como la apropiación estatal de los medios de producción. Se trataba de una tregua o más bien de una forma de humanización de la batalla por la instauración del Socialismo ya que representaba la renuncia a la revolución y la aceptación de la democracia como vía para lograr ese objetivo.<sup>22</sup> No obstante, la caída del régimen soviético en los ochenta obligó a la socialdemocracia a asumir el Estado Social y Democrático de Derecho como una fase final de su lucha política. En efecto, el haber visualizado el resultado final del proceso de socialización o estatización progresiva de la propiedad privada de los medios de producción, el cual la socialdemocracia imaginaba alcanzar bajo medios democráticos, truncó el proyecto socialdemócrata en su etapa final y decisiva. De esa forma, el progreso de las tendencias totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho se detuvo como consecuencia de la caída del régimen soviético y el surgimiento de la globalización.

---

21 Cf. Ariño Ortiz, Gaspar; *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 208-209.

22 Al analizar el pensamiento de la socialdemocracia clásica, se señala que “*La democracia política no sólo es el camino hacia el socialismo, sino también el supuesto de su edificación*”. García Pelayo, *ob. cit.* p. 87.

Ahora bien, el intento de la socialdemocracia de ahogar las fuerzas espontáneas de la Sociedad y el mercado no siempre resulta exitoso ya que esas fuerzas han resurgido en un espacio situado más allá de las fronteras nacionales. Por ello, ahora vemos el intento de los Estados de crear autoridades transnacionales para extender ese poder *configurador* más allá de sus fronteras en el marco del proceso de globalización. Así, por ejemplo hay quienes reclaman un reforzamiento de los poderes de la Unión Europea mediante la creación de un gobierno económico europeo.<sup>23</sup>

Sin embargo, la socialdemocracia siempre se encuentra en búsqueda de oportunidades para desplegar los poderes *configuradores* del Estado sobre la Sociedad. A falta de oportunidades para desplegar esos poderes en el ámbito económico debido a las dificultades que genera el modelo de progresiva socialización de los medios de producción, la socialdemocracia ha trasladado esas potestades configuradoras a ámbitos como el familiar, el sexual y el cultural.<sup>24</sup>

Por razones que escapan a este artículo, otros grupos políticos que no son de inspiración marxista, tales como la democracia cristiana europea y latinoamericana y quienes se agrupan en el partido popular europeo, aceptan el Estado Social y Democrático de Derecho también como permanente y justo.<sup>25</sup> Igual sucede con los sectores “liberales” del Partido Demócrata y otros sectores de izquierda en los Estados Unidos de América.

---

23 Por ejemplo el Ministro de Finanzas alemán Wolfgang Schäuble Cf. <http://www.cnnexpansion.com/economia/2011/12/25/alemania-trata-de-generar-confianza>.

24 Así, durante los gobiernos de José Luis Rodríguez Zapatero en España, el PSOE trató de diferenciarse de la oposición popular por iniciativas legislativas relativas al matrimonio de parejas homosexuales, adopción por homosexuales, flexibilización del aborto y la introducción de la materia Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos en la educación primaria y secundaria.

25 Sobre cómo la democracia cristiana asume el Estado Social y Democrático de Derecho, el cual consideramos de raíz claramente socialdemócrata, Cf. Combellas, *ob. cit.* pp. 101-109

### III. ALGUNOS RASGOS TOTALITARIOS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

#### 3.1. La superación de la separación entre Estado y Sociedad

Cuando se le otorga al Estado el poder de *configurar* el orden social y económico y se acepta la tendencia del modelo a la “*estatización de la sociedad*” confiando en las bondades de la “*socialización el Estado*”<sup>26</sup>, se están destruyendo los límites entre lo público y lo privado y se inicia la senda hacia el totalitarismo.

En forma contundente, los apologistas del totalitarismo nazi han señalaron que la *superación de la separación entre Estado y Sociedad* es un rasgo esencial del Estado Total o Totalitario:

El Estado *total* sustentador de la identidad de Estado y Sociedad -un Estado que no se desinteresa por ningún rubro y que potencialmente abarca a todos los rubros- aparece como contraconcepto polémico, opuesto a estas neutralizaciones y despolitizaciones de importantes rubros. En él, por consiguiente, *todo* es político, al menos en cuanto a posibilidad, y la referencia al Estado ya no está en condiciones de fundamentar un carácter diferenciador específico de lo ‘político’.

La evolución va del Estado Absoluto del Siglo XVIII pasando por el Estado neutral (no-intervencionista del Siglo XIX [...]). La democracia tiene que abolir todas esas diferenciaciones y despolitizaciones típicas del Siglo XIX liberal y, junto con la oposición Estado-Sociedad (=político *contra* social), también debe dejar de lado las contraposiciones y separaciones que esa oposición tenía en correspondencia con la situación del Siglo XIX.

[...]

La evolución de la doctrina estatal alemana [...] termina siguiendo finalmente la evolución histórica hacia la identidad democrática de Estado y Sociedad, bien que con algunas limitaciones, reticencias y compromisos.<sup>27</sup>

---

26 García-Pelayo, ob. cit. p. 49.

27 Schmitt, Carl; *El Concepto de lo Político*, Traducido de la Edición de 1932 por Dénes Martos, 1963, pp. 13-14, versión digital disponible en <http://www.quedelibros.com/libro/21066/El-Concepto-De-Lo-Politico.html>.

En ese sentido, los teóricos del Estado Social hablan con toda naturalidad y sin pena alguna de la “*unidad entre el Estado Social y la comunidad nacional [...] para producir el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en una unidad*”.<sup>28</sup> Así, vemos los puntos de contacto entre los apologistas del nazismo y los defensores del Estado Social.

Hayek reaccionó contundentemente contra el argumento de ciertos intelectuales ingleses de que la defensa de la *separación entre Estado y Sociedad* había perdido sentido ya que esa afirmación los colocaba al lado de los apologistas del totalitarismo nazi:

Quando el profesor Carr afirma, por ejemplo que “no podemos ya encontrar mucho sentido a la distinción, familiar al pensamiento del Siglo XIX entre ‘sociedad’ y ‘Estado’”, ¿sabe que ésta precisamente la doctrina del profesor Carl Schmitt, el más destacado teórico nazi del totalitarismo, y, de hecho, la esencia de la definición del totalitarismo dada por ese autor, que es quien ha introducido ese término.<sup>29</sup>

Asimismo, Hayek afirmó que sostener que el hombre debe aprender a dominar las fuerzas de la Sociedad de la misma forma en que ha aprendido a dominar y manejar las fuerzas de la naturaleza es no sólo el camino al totalitarismo sino la senda para la destrucción de nuestra civilización y el bloqueo del progreso futuro.<sup>30</sup>

Por ello, cuando le otorgamos al Estado el rol de *configurador* del orden social y económico lo que estamos haciendo es habilitar a un grupo de funcionarios para que traten de dominar y controlar las causas y los efectos de los fenómenos sociales, para hacer ingeniería social, para entrar así en la senda del totalitarismo.

### 3.2. El Estado Docente

La sociedad moderna está tan acostumbrada a sufrir el poder *configurador* del Estado Social y Democrático de Derecho que prácticamente

28 García Pelayo, *ob. cit.* p. 45. No deja de resultar sorprendente que esos teóricos se digan defensores del pluralismo.

29 Hayek, Friedrich; *Camino de Servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid 1990, 2da reimpresión de la 1era edición, pp. 227-228.

30 *Ibidem*, p. 247.

no lo cuestiona como totalitario. A nadie parece alarmarle que el Estado Docente sostenga como propósito la reproducción de un determinado modelo de individuo:

La formación educacional responde a un concepto general del ciudadano que el Estado se forja, a un tipo humano nacional de determinadas características, que es el tipo deseable del buen ciudadano. Al Estado le interesa que los ciudadanos tengan determinadas virtudes y no adquieran ciertos vicios, porque los vicios repercuten desfavorablemente dentro de la colectividad, y, en cambio, las virtudes contribuyen al progreso colectivo.<sup>31</sup>

No es posible conseguir una confesión tan abierta y clara del carácter *configurador* del Estado Social y de sus rasgos totalitarios. Curiosamente, desde el liberalismo también se habían hecho esas consideraciones sobre la educación pública: “Una educación general a cargo del Estado es una estrategia para moldear a la gente con el propósito de que todos sean iguales, según el modelo que agrada al poder dominante a cargo del gobierno”.<sup>32</sup>

Resulta completamente incompatible con la Libertad que la Administración Pública decida qué se enseña en cada aula de clase en la educación básica y el bachillerato, que los libros de historia para esos niveles deban ser aprobados por las autoridades educativas y que todos contengan interpretaciones similares y satisfactorias para esas autoridades de la historia nacional y universal.

A título de ejemplo de lo que puede implicar el Estado Docente, debemos mencionar las políticas de *inmersión lingüística* o *procesos de normalización del uso social* de ciertas lenguas que se practican en algunos sistemas educativos de comunidades autónomas españolas, con el propósito de homogeneizar lingüísticamente a sus habitantes para lograr que al cabo de un número determinado de generaciones, la len-

---

31 Prieto Figueroa, Luis Beltrán; *El Estado y la Educación en América Latina*, Monte Avila Editores, Caracas 1980, 3era Edición, p. 50.

32 Stuart Mill, John; *On Liberty*, Amazon Digital Services, Kindle Edition, Posición 1997. Hemos hecho una traducción libre del siguiente texto original en Inglés: “*A general State education is a mere contrivance for moulding people to be exactly like one another, and as the mould in which it casts them is that which pleases the dominant power in the government*”.

gua materna de la totalidad de una población sea igual.<sup>33</sup> Sin embargo, a niveles aun más escandalosos se llegó con el sistema de *forced busing* implantado con base en decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América con el objetivo de integrar forzosamente comunidades raciales sin tomar en consideración los daños causados a los niños sujetos a ese sistema, desnaturalizando así la loable lucha por los derechos de la minoría afroamericana.<sup>34</sup> Si eso no es totalitarismo e ingeniería social, entonces esos conceptos no existen.

### 3.3. El Derecho de Propiedad

Liberales y socialistas coinciden en que el derecho de propiedad era la columna vertebral del Estado Liberal de Derecho.<sup>35</sup> No obstante, lo que los socialistas no comprenden es que el derecho de propiedad era la más extraordinaria línea de defensa contra los abusos del poder estatal. En el Estado Liberal de Derecho, la existencia del derecho de propiedad constituía un obstáculo formidable contra la tentación natural del Estado de expandir su ámbito de actuación. La capacidad de resistencia de una sociedad de propietarios contra las arbitrariedades estatales podía llegar a ser fabulosa por los recursos humanos y materiales que se podían dedicar a esa batalla política; no olvidemos que fue capaz de enterrar al Absolutismo. Por ello, la destrucción de la clase de los propietarios, incluso los más pequeños, fue objetivo primordial en el proceso de consolidación de los sistemas de la Unión Soviética, la China Popular, Cuba y otros países comunistas.<sup>36</sup>

Por ello, en el Estado Liberal de Derecho, el derecho de propiedad era el auténtico guardián de la Libertad.

33 Cf. Gil, Miguel; *Entre la inmersión lingüística y el bilingüismo: educación / calidad frente a ingeniería social: dos modelos; dos resultados. La gestión de la educación en Cataluña se preocupa de la 'normalización' mientras la Comunidad de Madrid afronta retos como el bilingüismo*, en Revista Época, Thomson Gale, 2005, p. 20(2).

34 Para un análisis del *forced busing*, Cf. Armor, David J.; *Forced Justice: School Desegregation and the Law*, Oxford University Press, New York, 1996.

35 Cf. Novoa Monreal, Eduardo; *Derecho, Política y Democracia, Un punto de vista de izquierda*, TEMIS, Bogotá 1983, *ob. cit.* p. 73.

36 Sobre la eliminación de los pequeños propietarios rurales (*kulaks*) tanto bajo el liderazgo de Lenín como el de Stalin, Cf. Pipes, Richard; *Historia del Comunismo*, Mondadori, Barcelona 2002, pp. 68-71 y 82-86.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho de propiedad es un derecho completamente diferente. Se trata de un derecho condicionado por su *función social*, el cual sólo puede ser ejercido en armonía con los supuestos intereses de la Sociedad identificados por el Estado:

En suma, se trata de dejar establecido que el propietario tiene la cosa en nombre y con autorización de la sociedad y que solo puede hacer uso de sus facultades sobre ella en forma concordante con los intereses de la misma sociedad.

[...]

Lo expuesto permite concluir que en el mundo actual se produce un consenso universal para admitir que la propiedad comprende simultáneamente poderes y deberes, y que el ejercicio del correspondiente derecho debe ser realizado en forma compatible con el interés general.<sup>37</sup>

Dado que el derecho de propiedad también implica deberes y que el Estado es quien determina qué es el interés general, es evidente que el derecho de propiedad ya no juega rol alguno en la defensa de la Libertad frente al Estado, tal como sucedía en el Estado Liberal de Derecho.<sup>38</sup> Por ello, lo coherente sería darle una nueva denominación ya que es una institución completamente diferente.

Como una muestra de hasta donde llegó el Estado Social en Alemania en su objetivo de socavar el derecho de propiedad, es necesario recordar la tesis de la *democracia empresarial*, la cual:

tiene lugar en el seno de las empresas y significa compartir la autoridad derivada de la propiedad de los medios de producción con la autoridad derivada del trabajo que hace productivos a tales medios, pudiendo tomar distintas formas, desde los comités de control de las condiciones laborales o de las prestaciones sociales empresariales hasta la cogestión.<sup>39</sup>

El nuevo rol de la propiedad en el Estado Social y Democrático de Derecho ha sido brillantemente descrito en los siguientes términos:

---

37 Novoa Monreal, *ob. cit.* p. 87.

38 Cf. Pipes, Richard, *Propiedad y Libertad*, pp. 298-299.

39 García Pelayo, *ob. cit.* p. 50.

En esta forma, en Venezuela, el régimen de propiedad que regula el texto constitucional [de 1961], consagra una propiedad individual, pero, como se dijo, con una función social que cumplir, que implica la posibilidad de someterla a las restricciones, contribuciones, obligaciones y limitaciones que establezca la Ley. La función social es, en este sentido, un concepto jurídico indeterminado cuya determinación corresponde al legislador. *De tal manera, dicha función, en definitiva, consistirá en lo que el legislador establezca*; y la amplitud de la misma dependerá de la concepción política que tenga el legislador para conciliar los intereses individuales del propietario con los intereses colectivos.<sup>40</sup> (itálicas agregadas)

Así, se aprecia claramente que el derecho de propiedad bajo el Estado Social y Democrático de Derecho está a merced de la voluntad del legislador, es decir, de la variable mayoría política que emerge de unas elecciones parlamentarias.<sup>41</sup>

En ese orden de ideas, otra forma de menoscabar el derecho de propiedad ha sido el crecimiento desmedido de los tributos. Para 2009, en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Estado recaudaba aproximadamente un promedio del 34 % del Producto Interno Bruto en tributos, llegando a superar el 40% en los casos de Suecia, Noruega, Italia, Finlandia, Francia, Dinamarca, Bélgica y Austria.<sup>42</sup> En pocas palabras, el valor de casi cuatro de cada diez bienes producidos en esos países es sustraído de la Sociedad para ser administrados por el Estado, lo cual ratifica la desnaturalización que ha sufrido el derecho de propiedad bajo el Estado Social y Democrático de Derecho.

¿Cómo se denomina a una entidad que recibe el 40% de la producción de otra entidad? En el mejor de los casos y para respetar la

---

40 Brewer-Carías, Allan R.; *Urbanismo y Propiedad Privada*, EJV, Caracas 1980, pp. 82-83.

41 Nos parecen realmente estériles los esfuerzos por limitar los poderes del legislador con base en nociones como el contenido esencial y los principios generales del derecho. Lamentablemente, no podemos analizar ese tema en este breve artículo. Para una completísima exposición y análisis de esas nociones en el derecho comparado, Cf. Casal H, Jesús María; *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Legis, Caracas 2010.

42 Cf. [http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/total-tax-revenue\\_20758510-table2.jsessionid=4uqpq79c1df2u.delta](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/total-tax-revenue_20758510-table2.jsessionid=4uqpq79c1df2u.delta)

corrección académica, digamos que se trata de un socio. Así, a través de la tributación, en el Estado Social y Democrático de Derecho, el Estado se ha convertido en socio forzoso de los propietarios, sin aportar capital ni asumir riesgos empresariales. De esa forma, se ha cumplido, al menos parcialmente, el programa socialdemócrata clásico, tal como lo describía García-Pelayo:

El Estado debe someter a la economía a su dirección y regulación generales, incluida la planificación, a fin de hacerle lograr una mayor eficacia y obligarla al cumplimiento de sus funciones sociales. Pero para ello no es absolutamente necesario que se convierta en propietario directo de los medios de producción, sino que, por el contrario, una nacionalización brusca y total tendría probablemente efectos disfuncionales. Para lograr sus fines basta que el Estado asuma la *Ober eigentum*, es decir, la nuda propiedad o dominio eminente que sin necesidad de ejercer la posesión directa pueda controlar en distintos aspectos el ejercicio de ésta.<sup>43</sup>

Nuevamente, tanto los socialdemócratas clásicos como los liberales estaban de acuerdo en que el cumplimiento de ese programa representaba un serio avance en la construcción del socialismo:

La evolución hacia el socialismo no queda satisfecha por una simple transferencia formal [de la propiedad] al Estado. La restricción de los derechos del propietario es también un medio de socialización. Si se le retira gradualmente la facultad de disponer de su bien. Si el Estado se asegura una influencia siempre más importante sobre el objeto y los métodos de producción, si exige una parte cada vez más grande del beneficio de la producción, la correspondiente al propietario se ve restringida día a día; y finalmente, sólo le queda a este último la palabra propiedad, vacía de sentido, pues la propiedad misma ha pasado enteramente a manos del Estado.<sup>44</sup>

Asimismo, un sector de la doctrina venezolana no dudó en señalar que el aspecto económico del Estado Social y Democrático de Derecho se manifiesta en "*Capitalismo de Estado y Socialismo*".<sup>45</sup>

---

43 García-Pelayo, *ob. cit.* p. 87.

44 Von Mises, Ludwig; *Socialismo*, Western Books Foundation, 3era Edición en Castellano, p. 43.

45 Brewer-Carías, Allan; *Derecho Administrativo*, UCV, Caracas 1975, p. 55.

A la tributación hay que añadir los efectos de la regulación económica que es un elemento fundamental en el rol *configurador* del Estado Social y una herramienta fundamental para poner a la propiedad privada al servicio del llamado interés general. No olvidemos que el Estado es “*señor [...] del proceso económico*”.<sup>46</sup> En ese sentido, es necesario tener presente que para 1993 el costo para el sector privado americano de las regulaciones gubernamentales era de 430.000 millones de dólares anuales que representaban un nueve por ciento del producto interno bruto de los Estados Unidos de América.<sup>47</sup>

En conclusión, en el Estado Social y Democrático de Derecho los propietarios de los medios de producción se *integran* en el Estado ya que pasan a ser agentes o colaboradores del Gobierno en la gestión del interés general. En otras palabras, una evidencia más de la superación de la *separación entre Estado y Sociedad* y de los rasgos totalitarios del Estado Social y Democrático de Derecho.

#### **IV. DERECHO ADMINISTRATIVO Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

##### **4.1. Breves Reflexiones sobre el origen y naturaleza del Derecho Administrativo**

En nuestro criterio, las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo son claramente liberales, por lo cual esa disciplina jurídica es un excelente instrumento para el rol *configurador* del Estado Social. En principio, ello resulta contradictorio porque la tesis tradicional nos señala que el Derecho Administrativo es un producto del Estado Liberal que se habría desarrollado progresivamente en Francia como consecuencia de la caída del Absolutismo. Por consiguiente, las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo deberían haberse inspirado en el liberalismo.

No es el objeto de este artículo resolver esa contradicción, pero quizás podamos encontrar una explicación en la tesis de Zakaria quien

46 Guggenberger, citado por García Pelayo, *ob. cit.* p. 36

47 Pipes, Propiedad y Libertad, p. 297. Mientras que el gasto total en programas de bienestar social llegó al 19,4% en 2001. Cf. [http://en.wikipedia.org/wiki/Welfare\\_state#Welfare\\_expenditure](http://en.wikipedia.org/wiki/Welfare_state#Welfare_expenditure)

ha señalado que durante gran parte del siglo XIX Francia fue democrática pero difícilmente liberal y que se colocó al Estado sobre la Sociedad, a la democracia sobre el constitucionalismo y a la igualdad sobre la libertad.<sup>48</sup> En ese mismo sentido, se ha señalado que en Francia “*el liberalismo siguió a la democracia y fue su corrección y superación*”.<sup>49</sup>

Otra explicación podría llegar al origen mismo de esta disciplina jurídica. Recordemos que para mediados del Siglo XIX ya se cuestionaba en Francia que el Derecho Administrativo fuera una consecuencia de la Revolución Francesa de 1789.<sup>50</sup> Según esas tesis críticas, el Derecho Administrativo ya existía en el Antiguo Régimen. En ese sentido, se ha señalado que instituciones tan profundamente iliberales como la autotutela y el *solve et repete* ya existían bajo el Absolutismo.<sup>51</sup>

Con base a esas tesis críticas, se podría argumentar que el carácter claramente iliberal de las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo se explica porque ellas existían desde el Antiguo Régimen y el Estado Liberal de Derecho no fue capaz de suprimirlas.<sup>52</sup> Así, el Derecho Administrativo sería una disciplina que logró sobrevivir la caída del Absolutismo, resistir los embates del Estado Liberal y permanecer hasta el surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho y convertirse en un vaso comunicante entre el Absolutismo y el Estado Social. Por consiguiente, no nos debe sorprender que León Duguit a principios del Siglo XX se atreviera a afirmar que la propiedad no era un derecho sino una función social, lo cual representa un rechazo absoluto de una de las bases fundamentales del Estado Liberal.<sup>53</sup>

No podemos compartir la tesis de que el Derecho Administrativo sea simultáneamente un elemento reforzador de los poderes del Estado y un elemento de protección de los derechos de los particulares frente a los

---

48 Zakaria, Fareed; *The Future of Freedom, Illiberal Democracy at Home and Abroad*, Norton, New York 2003, p. 65.

49 Panfilo Gentile, citado por Sartori, Giovanni; *¿Qué es la Democracia?*, Editorial Patria, México D.F. 2000, 3era Reimpresión, p. 201.

50 Chinchilla, Carmen y otros; *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Civitas, Madrid 1992. pp. 31 y ss.

51 *Ibidem*, pp. 56-57.

52 Cf. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid 1990, reimpresión de la 5ta Edición, pp. 486 y 490.

53 Brewer-Carías; *Urbanismo y Propiedad Privada*, pp. 82-83.

abusos del poder estatal<sup>54</sup>, ya que “*Nadie puede servir a dos señores; porque o aborrecerá a uno y amará al otro, o se apegará a uno y desprejará al otro*”.<sup>55</sup> No se puede servir a la vez al Poder y a la Libertad y es muy claro a quién se ha apegado realmente el Estado Social y sus disciplinas jurídicas. Si bien desde el Derecho Administrativo se han desarrollado esfuerzos por reducir las arbitrariedades estatales, esos esfuerzos palidecen ante la existencia de instituciones fundamentales iliberales como la autotutela administrativa, el servicio público, el contrato administrativo y la potestad sancionadora de la Administración.

Quizás la única explicación que podría sostener la existencia de un vínculo entre el Derecho Administrativo y la Libertad sea concebir a esa disciplina jurídica como un proyecto quimérico destinado al fracaso por más que algunos se empeñen en sostener una desigual *lucha contra las inmunidades del poder*. No obstante ¿para qué dar una *batalla por las medidas cautelares* cuando la defensa de la Libertad lo que impone es reclamar la eliminación de la autotutela administrativa? ¿Para qué contentarse con tratar los síntomas cuando se debe exigir la cura de la enfermedad?

## 4.2. Venezuela

Para un importante sector de la doctrina venezolana, cuando supuestamente existía el Estado Liberal de Derecho en Venezuela, el Derecho Administrativo era de corte liberal y se encontraba totalmente al servicio de una clase social determinada y de espaldas a las grandes mayorías nacionales:

Era, en definitiva, un Estado celoso defensor de la propiedad privada y de la libertad económica, que se reconocían como derechos absolutos. El fundamento y basamento de la organización política y del Estado, era el respeto a esos dos derechos; y el Derecho Administrativo era un Derecho Administrativo típicamente liberal. *El Estado estaba controlado*

54 Brewer-Carías; *Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, p. 43.

55 Mateo 6:24. <http://www.biblia12.com/mateo-6-n40.html>. En términos menos poéticos y más laicos, vale la pena recordar lo señalado por Garrido Falla sobre el Estado Social: “*un Estado al que ahora se le pide que intervenga (que no se abstenga) para procurar las condiciones mínimas vitales a sus ciudadanos [...] y que, por ende, se ve en la contradictoria situación de aumentar su competencia [...] y disminuir sus poderes. Algo que los espíritus escépticos comparan con la cuadratura del círculo*”. Garrido, Falla, Fernando; *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*, Tecnos, Madrid 1989, 11ª Edición, p. 77.

*por la burguesía y operaba al servicio de ésta.* Por tanto, quienes controlaban al Estado, los propietarios locales y los inversionistas extranjeros, eran los árbitros del Derecho Administrativo. *Este estaba, por tanto, al servicio de sus intereses.*

*Los ciudadanos, el pueblo, así como estaban ausentes de las preocupaciones efectivas del Estado,* no entraban en el marco de las regulaciones del Derecho Administrativo. Este, insistimos, era el derecho de los propietarios y de los empresarios quienes controlaban al Estado".<sup>56</sup> (itálicas agregadas)

Posteriormente, se señala que debido a la evolución del Estado Liberal de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho:

El mismo Derecho Administrativo así, comienza a democratizarse: sin olvidar su carácter de instrumento de los intereses colectivos, que permiten el reforzamiento de los poderes del Estado; se presenta, también, como un derecho para la protección de los intereses o derechos particulares frente a las abusivas o ilegítimas acciones estatales.<sup>57</sup>

Al respecto, sería interesante analizar con detenimiento la supuesta existencia de un Estado Liberal de Derecho en alguna época de la historia venezolana. En efecto, en la historia venezolana del siglo XIX encontramos una colección de gobiernos inestables, autocracias y guerras civiles que difícilmente se correspondan con la idea de Estado Liberal de Derecho que describimos al inicio de este artículo. De hecho, hay quienes han llegado a negar la existencia efectiva del Estado venezolano en ese período.<sup>58</sup> Sería sorprendente descubrir a estas alturas que el Presidente José Tadeo Monagas, el responsable del *Asesinato del Congreso*, sea nuestra versión tropical de James Madison, el *Padre de la Constitución* de los Estados Unidos de América y Presidente de un auténtico Estado Liberal.

También es necesario señalar que otro sector de la doctrina nacional señala que en Venezuela sólo se consolidó un verdadero régimen de Derecho Administrativo en la segunda mitad del siglo XX<sup>59</sup>, mientras

---

56 Brewer-Carías, *Introducción al Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, p. 42.

57 *Ibidem*, p. 43

58 Hernández, José Ignacio; *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*, EJV, Caracas 2011, p. 35.

59 Cf. Araujo-Juárez; José; *Derecho administrativo venezolano. Aproximación a su construcción científica*. [http://www.ucab.edu.ve/tl\\_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1\\_boletin/JOSE\\_ARAUJO\\_JUAREZ.pdf](http://www.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/1_boletin/JOSE_ARAUJO_JUAREZ.pdf). p. 8 y Hernández, José

que instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, tales como la autotutela no se introdujeron en el ordenamiento jurídico venezolano sino en el primer cuarto del siglo XX.<sup>60</sup>

Finalmente, debemos dedicar unas líneas al período que se inicia con el triunfo de la Revolución Liberal Restauradora en 1899 y culmina con la Revolución de Octubre de 1945, ya que el nacimiento del Derecho Administrativo habría ocurrido durante ese período.<sup>61</sup> Algunos autores han identificado ese período como liberal,<sup>62</sup> lo cual podría llevarnos a una contradicción semejante a la francesa ya que un régimen liberal habría originado una disciplina jurídica cuyas instituciones fundamentales son liberales. No obstante, consideramos que no existe tal contradicción porque calificar el período de la hegemonía andina como un régimen liberal es inaceptable si se usa el término liberal bajo los cánones de la ciencia política.<sup>63</sup> En efecto, no resulta complicado concluir que el régimen de Juan Vicente Gómez no cumplía con las características de un Estado Liberal de Derecho que señalamos *supra* 3.1., a menos que alguien tenga la temeridad de afirmar que, por ejemplo, en ese régimen existía separación de poderes y que los tribunales eran autónomos e independientes; o bien que los prisioneros de la Generación de 1928 estaban amparados por el derecho a un debido proceso porque esas garantías las contemplaban los textos constitucionales vigentes.

Por consiguiente, nos cuesta mucho aceptar la tesis de la existencia de un Derecho Administrativo de corte liberal durante algún período de nuestra historia republicana.

---

Ignacio, *ob. cit.* p. 35.

60 Cf. Herrera Orellana, Luis Alfonso; *La Potestad de Autotutela Administrativa*, Ediciones Paredes, Caracas 2008, pp. 139-140.

61 Cf. Herrera Orellana, *ob. cit.* pp. 139-140 y Hernández, *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*, pp. 34-36

62 Hernández, *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*, p. 34-35.

63 Se trata de la cuestionable tesis del historiador Manuel Caballero expuesta en su obra *Gómez, el tirano liberal*; Alfadil Ediciones, Caracas 2003.

### 4.3. Análisis de algunas instituciones fundamentales del Derecho Administrativo

#### 4.3.1. La Autotutela Administrativa

La autotutela administrativa es la columna vertebral del Derecho Administrativo. Si la Administración Pública fuera privada de ella, el Derecho Administrativo, tal como lo conocemos, desaparecería inmediatamente.

Con base en la prerrogativa de la autotutela administrativa, la Administración Pública puede, sin solicitar la intervención de los tribunales y sin que ellos puedan interferir en el ejercicio de esa prerrogativa: (i) crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas de otras personas en forma unilateral mediante actos jurídicos que se presumen lícitos (*autotutela declarativa*) (ii) ejecutar forzosamente esos actos jurídicos, salvo las excepciones legales (*autotutela ejecutiva*) (iii) revocar sus propias decisiones con base en razones de mérito o legalidad (*autotutela revisora*) y (iv) ejercer la coacción directa legítima en supuestos determinados.<sup>64</sup>

Sobre lo que representa la prerrogativa de la autotutela y como el Derecho Administrativo tiene una base claramente absolutista, la doctrina española ha señalado:

De este modo vemos con claridad como se desarrolla en la última fase del Antiguo Régimen, cada vez con mayor precisión, un diseño que prefigura de manera casi exacta los métodos administrativos que hoy estamos acostumbrados a contemplar. Es explícita, como se habrá visto, la intención de dispensar a la Administración de la necesidad de obtener mediante un proceso una tutela judicial a sus pretensiones y derechos, apoderándola para una actuación autónoma y jurídicamente suficiente. Aparece por ello la misma clave del sistema, la prohibición a los jueces de interferir y perturbar el actuar autosuficiente de la Administración.<sup>65</sup>

En ese mismo sentido, se ha añadido la siguiente reflexión sobre el contraste entre el régimen anglosajón y el Derecho Administrativo:

---

<sup>64</sup> Sobre el concepto de autotutela administrativa, su contenido y extensión, Cf. García de Enterría, *ob. cit.* pp. 496-507 y 758-771.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 486.

Aquí radica, en último extremo, la diferencia sustancial entre el sistema anglosajón y el continente europeo. En los formidables privilegios que en éste se reconocen a la Administración, y en su exención, mayor o menor, pero capital y efectiva, respecto de los jueces, siguen viendo los juristas anglosajones, justamente, a mi juicio, el verdadero vestigio histórico del absolutismo sobre el que se constituyó el sistema estructural que sigue estando en la base del Derecho Administrativo.<sup>66</sup>

Con base en lo expuesto, no es difícil apreciar que la prerrogativa de la autotutela administrativa es una herramienta formidable al servicio del rol *configurador* del Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, si bien podría ser posible realizar esa labor configuradora sin la autotutela administrativa, ella le imprime un dinamismo excepcional a la Administración Pública del Estado Social. Gracias a esa prerrogativa, la Administración configuradora siempre lleva la iniciativa, mientras que los particulares afectados están limitados a una lamentable posición defensiva a través de las pretensiones que dificultosamente pueden interponer y tramitar ante los tribunales administrativos:

Como ejemplo del deterioro de la noción tradicional de Estado de Derecho bajo el Estado Social, la doctrina española ha señalado claramente en que se ha convertido el Principio de la Legalidad y la Tutela Judicial en el contencioso-administrativo:

Por otra parte, aunque exista control, ¿quién se atreve contra el Estado?. Aunque logren la razón en el caso concreto, la reacción del Estado puede ser más dura: frecuentemente, como ha destacado FORSTHOFF en el texto citado, los afectados renuncian al recurso judicial porque, aunque ganen, no quieren enfrentarse con el Estado (pensemos en el caso de contratistas, promotores inmobiliarios, banqueros, empresarios eléctricos y, en general, sectores regulados, cuyo negocio depende en gran parte de los poderes públicos). Todos ellos prefieren renunciar a obtener justicia.<sup>67</sup>

En el modelo anglosajón tradicional, las decisiones que adopta y ejecuta la Administración con base en la prerrogativa de la autotutela administrativa y constituyen un gravamen para los derechos de los particulares corresponden a los tribunales ordinarios. Por consiguiente, es sen-

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 490.

<sup>67</sup> **Ariño Ortiz**, *ob. cit.* p. 151.

cillo concluir que esa prerrogativa atenta contra las bases fundamentales del Estado Liberal de Derecho y constituye una violación grosera de la idea original del debido proceso en el Estado Liberal de Derecho, la cual implicaba que nadie podía ser privado de sus derechos sino mediante sentencia dictada por un tribunal autónomo e imparcial.<sup>68</sup>

#### 4.3.2. El Servicio Público

A efectos prácticos vamos a manejar una noción estricta de servicio público y proceder a definirlo como aquella actividad que satisface una necesidad de interés general y cuya titularidad es asumida por una colectividad pública (persona político-territorial), la cual puede prestarla directamente o a través de agentes privados bajo su control y supervisión.<sup>69</sup>

Nuestro cuestionamiento tiene que ver con que el Estado asuma la titularidad de una determinada actividad prestacional. De esa forma, ningún particular tiene el derecho de desarrollarla. En otras palabras, se ve impedido de usar sus talentos y sus propiedades para un determinado propósito, salvo que la Administración Pública decida graciosamente *concederle* temporalmente la prestación de ese servicio. Así, a los ciudadanos se les *amputa* parte de su libertad económica y su derecho de propiedad en nombre del llamado interés general. Evidentemente, esa *amputación* es claramente contraria a los principios del Estado Liberal de Derecho.<sup>70</sup>

---

68 Curiosamente expresada en forma brillante en el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes términos: “*Nadie podrá ser privado de [...] sus [...] derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.*”. En nuestro criterio, no es posible que exista realmente un debido proceso ante un órgano administrativo, tal como se desprende del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ya el órgano decisor jamás será autónomo ni independiente. Sin embargo, se trata de un análisis que excede este artículo.

69 Vedel, George; *Derecho Administrativo*, Aguilar, Madrid 1980, pp. 688 y ss.

70 Nuevamente nos encontramos ante una aparente contradicción ya que la noción de servicio público es propia del régimen supuestamente liberal que se va consolidando en Francia luego de la caída del Absolutismo. Como explicación, podríamos recurrir a la tesis de Zakaría expuesta supra 5.1. Para una explicación alternativa a esta aparente contradicción. Cf. Ariño, Gaspar; *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)*, en *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons-UAM, Madrid 1997, pp. 18-25, la cual, consideramos,

De hecho, hay quienes han señalado que el servicio público tradicional tiene un carácter esencialmente “*liberticida*”.<sup>71</sup>

Imaginemos que habría sucedido si un Estado hubiera declarado como servicio público el correo electrónico. Probablemente hubiera corrido el opaco destino de los servicios postales tradicionales. No existirían los cibercafés, no se podrían enviar mensajes desde nuestras casas y oficinas y habría que acudir a una oficina pública sujeta a un horario de trabajo tradicional para enviar un mensaje. Así, el correo electrónico habría sido una simple modernización del telégrafo. En el mejor de los casos habríamos contado con gobernantes modernizadores que hubieran reclamado una política amplia de concesiones para que el Estado garantizase el acceso de la población a ese servicio bajo las reglas tradicionales de continuidad, igualdad y adaptación.<sup>72</sup> Quizás una política de subsidios cruzados hubiera garantizado el acceso al servicio a los sectores mas desfavorecidos.

Afortunadamente, el concepto tradicional de servicio público experimentó una crisis tan profunda que hay quienes han señalado que “*El servicio público ha muerto; lo que queda es darle un entierro digno*”.<sup>73</sup> Sin embargo, consideramos que se trata de una carta de defunción prematura ya que el servicio público tradicional no ha desaparecido completamente<sup>74</sup>, no siendo descartable que resurja victorioso, incluso en Europa, como producto del esquizofrénico movimiento pendular de las políticas económicas del Estado Social y Democrático de Derecho.

---

se basa en el racionalismo constructivista que inspiró a la Revolución Francesa en contraste con el racionalismo evolutivo o crítico propio de la tradición anglosajona.

71 Montero, Juan J. y Helmut Brokelman; *Telecomunicaciones y Televisión. La nueva regulación en España*, Tirant Monografías, Valencia 1999, p. 34.

72 Cf. Vedel, *ob. cit.* p. 691.

73 Gaspar Ariño, citado por De La Cuétara Martínez, Juan Miguel; *Tres Postulados para el Nuevo Servicio Público*, en *El Nuevo Servicio Público*, p. 112.

74 Como ejemplo, podemos señalar el caso de la reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones venezolana aprobada en 2010 donde se califican como “*de servicio e interés público*” todas las actividades de telecomunicaciones, hasta los canales de cable, lo cual nos hace recordar la cita apócrifa atribuida a la obra de teatro Don Juan Tenorio: “*Los muertos que vos matasteis gozan de buena salud*”.

#### 4.3.3. *El Contrato Administrativo*

Nuevamente, adoptaremos una noción instrumental de contrato administrativo. En ese sentido, consideramos que un contrato es administrativo cuando una persona jurídica de derecho público suscribe un contrato (i) que tiene por objeto la ejecución del servicio público por la otra parte contratante o (ii) que contiene cláusulas exorbitantes del derecho común o (iii) que es calificado como administrativo por la ley o el juez administrativo.<sup>75</sup>

No obstante, lo relevante es el régimen de los contratos administrativos en relación a los particulares que contratan con la Administración Pública. En efecto, en este tipo de contratos y en contraste con el régimen contractual del derecho privado, la persona jurídica de derecho público (i) puede imponer modificaciones cuantitativas y cualitativas del objeto del contrato (*ius variandi*) (ii) puede revocar el contrato por razones de oportunidad o rescindirlo como consecuencia del incumplimiento del contratista y (iii) está exenta de que se le oponga la excepción de contrato no cumplido, entre otras potestades atribuidas a la Administración Pública que son desconocidas en el derecho privado.<sup>76</sup>

Ese régimen se justifica porque teóricamente la Administración Pública está gestionando el supremo interés general, mientras que la otra parte sólo es titular de su interés particular. Así, en términos benévolos, el particular es calificado como un “*contratista-colaborador*”.<sup>77</sup> En nuestro criterio, simplemente, mediante un contrato, se ha incorporado a la estructura administrativa a una persona privada. En otras palabras, una especie de *publicatio* temporal del patrimonio de un particular. Una muestra más de la eliminación de las diferencias entre Estado y Sociedad y de las diferencias entre lo público y lo privado.

En este orden de ideas, particularmente repugnante a la Libertad, y al derecho de propiedad privada, es la imposibilidad del particular de oponerle a la Administración la excepción de contrato no cumplido,

75 Cf. Vedel, *ob. cit.* pp. 188-197.

76 Para ver el contraste entre el régimen de derecho privado de los contratos y los contratos administrativos, Cf. Melich Orsini; *La responsabilidad contractual de la Administración*, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos, FPGR, Caracas 1991, pp. 225-228.

77 Cf. Garrido Falla, *ob. cit.* pp.88-89.

la cual para algunos es un dogma, tal como lo señaló la jurisprudencia clásica venezolana:

conforme lo decidió la Corte Federal y de Casación, hoy extinguida, en sentencia de fecha 5 de diciembre de 1945, en esos contratos administrativos, por cuanto en ellos va envuelto el interés general, el particular contratista no puede oponer a la Administración la regla *inadimpleti non est adimplendum*.<sup>78</sup>

Cualquier abogado que haya asesorado a un contratista privado sabe la ansiedad y los perjuicios materiales que le causa la imposibilidad de oponer esa excepción a la Administración y la forma abusiva en que los funcionarios públicos se comportan en esa situación de privilegio. En ese sentido, afirmar contundentemente que el sacrificio que se le impone al contratista tiene como contrapartida "*la intangibilidad de la ecuación económica del contrato*"<sup>79</sup> sólo puede ser producto de la ingenuidad, el cinismo o no haber asesorado jamás a un contratista privado.

En todo caso, tal como se ha señalado, las prerrogativas de que goza la Administración en el marco de los contratos administrativos no son más que manifestaciones de la autotutela administrativa, lo cual ratifica que esa institución es la verdadera enemiga de la Libertad.<sup>80</sup>

#### 4.3.4. La Potestad Sancionadora de la Administración

La potestad sancionadora es un instrumento fundamental para la Administración porque le permite reprimir directa y expeditamente a aquellos particulares que se resisten a adecuar sus conductas a las políticas configuradoras del Estado Social, bien sea en el ordenamiento jurídico general o en los ordenamientos sectoriales generados por la regulación administrativas de las actividades económicas de los particulares.

---

78 Sentencia Acción Comercial S.A. de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 14 de junio de 1983, consultada en Ortíz-Alvarez. Luis y Giovanna Mascetti, *Jurisprudencia de Contratos Administrativos (1980-1999)*, Editorial Sherwood, Caracas 1999, p. 523.

79 *Idem*.

80 Cf. Herrera Orellana, *ob. cit.* pp. 210 y ss.

Si bien la potestad sancionadora de la Administración es simplemente una manifestación o un abuso de la autotutela administrativa, la primera ofende mucho más la Libertad porque lesiona en forma más grosera el derecho al debido proceso. Hay que tener presente que desde el artículo 2 de la Carta Magna inglesa, todos los países del *common law* asumieron que los jueces y tribunales tenían el monopolio de la potestad sancionadora contra los particulares.<sup>81</sup>

Siendo flexibles y como manifestaciones de la autotutela administrativa, se podría analizar la legitimidad de una potestad sancionadora para algunos pocos casos de autoprotección de la Administración Pública, tales como las sanciones disciplinarias y las de policía demanial. No obstante, la potestad sancionadora de la Administración se ha desbordado hasta las sanciones de protección del orden general, lo cual constituye un abuso de la propia autotutela administrativa, lo cual sí resulta absolutamente inadmisibile desde una perspectiva liberal.<sup>82</sup>

Curiosamente, en Francia se había mantenido el dogma liberal de que las sanciones debían ser aplicadas exclusivamente por los tribunales. No obstante, el Consejo Constitucional francés en decisiones del 17 de enero y 28 de julio de 1989 admitió la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración, incluso aquellas referidas a la protección del orden general, lo cual se explica por la necesidad de reforzar la intervención administrativa en la economía, tal como es el caso de la legislación de competencia.<sup>83</sup> Así, el Derecho Administrativo francés perdió un rasgo liberal que logró preservar por más de un siglo. Un triunfo más del Estado Social y su rol *configurador* del orden social.

---

81 Parada, Ramón; *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, Madrid 2010, 18va Edición, pp. 432-433. Lamentablemente en los países del *common law* ya se observan casos de otorgamiento de potestades sancionadoras al Poder Ejecutivo. Así, el Estado Social es capaz de socavar las más sagradas tradiciones del constitucionalismo anglosajón. Cf. García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid 1990, reimpresión de la 2da Edición, p. 156.

82 García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, pp. 147-161

83 Parada, *ob. cit.*, p. 435.

En este contexto, hay que prestar atención al *principio de subsidiariedad* y el *carácter fragmentario* del Derecho Penal, según el cual (i) sólo se debe recurrir a las sanciones penales cuando otro tipo de sanciones como las civiles y las administrativas resulten insuficientes y (ii) el Derecho Penal no debe sancionar todas las conductas que lesionen los bienes que protege esa disciplina jurídica sino sólo aquellas que representen los ataques más peligrosos a esos bienes<sup>84</sup>. Con base en ese criterio, se ha experimentado un proceso de *despenalización* en Italia y Alemania, mediante la cual se ha transferido el poder sancionador en muchas áreas de los tribunales penales a la Administración, atentando así como el paradigma liberal del monopolio judicial de la potestad sancionadora contra los particulares. Ahora bien, lo que los penalistas no comprenden es que esa transferencia si bien puede resolver problemas de congestión del sistema penal, en realidad representa una disminución grave de los derechos y garantías de los particulares.<sup>85</sup>

En todo caso, la existencia de sanciones administrativas de protección del orden general es absolutamente incompatible con el derecho al debido proceso. En efecto, consideramos que en la Administración Pública jamás encontraremos un órgano encargado de imponer las sanciones que respondan a las exigencias de autonomía e independencia propias de un tribunal. Por ello, si bien loables, los esfuerzos por trasladar las garantías del proceso penal a los procedimientos administrativos sancionadores serán siempre incompletos e insatisfactorios, tal como lo reconoce la doctrina española:

el Derecho Administrativo Sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan expolían y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho. [...]

Ahora bien, para las Administraciones públicas ofrece el Derecho Administrativo Sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada. Tal como ya he adelantado, la potestad

84 Mir Puig; Santiago; *Derecho Penal Parte General*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires 2004, 7ta Edición, pp. 126-128.

85 Parada, *ob. cit.* pp. 436-443.

sancionadora –cuando quiere y puede ejercerse– no es otra cosa que la legitimación de la violencia del Poder”.<sup>86</sup>

Creo que sería un irrespeto añadir cualquier comentario adicional sobre el tema de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

## REFLEXIONES FINALES

A pesar de las proclamas que de buena fe hacen muchos académicos, la Libertad no puede ser un valor fundamental en el Estado Social y Democrático de Derecho. No es posible conciliar la Libertad con el poder *configurador* del Estado Social. Lo que esos académicos llaman Libertad o derechos individuales son instituciones y categorías que no guardan relación alguna con aquellas que llevaban esos nombres en el Estado Liberal de Derecho. Como la Libertad es algo tan valioso para el ser humano, en lugar de rechazarla explícitamente, hay quienes optaron por usurpar su nombre para vender programas políticos que la aniquilan.

Hay quienes consideran que la lucha por la Libertad debe abandonarse ya que el Estado Social y Democrático de Derecho es un modelo insuperable. Se trata de una afirmación tan equivocada como aquella que sostenía que la Unión Soviética era un régimen permanente. Por ello, la lucha por la Libertad sigue teniendo sentido incluso ante el inmenso poder *configurador* del Estado Social. No podemos predecir el futuro. Por ello, la esperanza de un cambio a favor de la Libertad sigue presente.

¿Cuál es la relación entre Derecho Administrativo y Libertad? Si realmente queremos que esta disciplina jurídica se encuentre al servicio de la Libertad, el programa es sencillo: restringir la autotutela administrativa a los casos de coacción directa legítima; desterrar definitivamente la noción de servicio público de titularidad estatal; eliminar la figura de los contratos administrativos y limitar la potestad sancionadora de la Administración Pública a algunos pocos casos de autoprotección de la Administración Pública, tales como las sanciones disciplinarias y las de policía demanial, entre otras medidas destinadas a la protección de la Libertad. ¿Es factible ese programa? Quizás no lo sea en el Estado Social

---

86 Nieto, Alejandro; *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 3era Reimpresión de la 4ta Edición, Madrid 2011, pp. 29-30.

y Democrático de Derecho, pero ponerlo sobre la mesa puede servir para que quede claro cuál es el verdadero pensamiento político de muchas personas que erróneamente, pero de buena fe, se consideran defensores de la Libertad. Al fin y al cabo, llamar a las cosas por su nombre es siempre el primer paso en la solución de cualquier problema.



# Cuotas electorales de género: Venezuela con el paso cambiado

Maoly Carrasquero Cepeda\*

## RESUMEN

A pesar de que las mujeres, en igualdad de condiciones que los hombres, han tenido un papel protagónico en todas las acciones políticas del país, tradicionalmente, han estado sub-representadas en los puestos de toma de decisión política. Al estudio de esta situación se dedica el presente trabajo.

En efecto, se examina, desde un punto de vista jurídico, las causas de esta infrarrepresentación y se analizan los principales avances y retrocesos que de la materia se han hecho en el ordenamiento normativo, durante los últimos años, así como también las principales reflexiones que de la cuestión se han señalado en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo de Justicia.

Todo ello con la finalidad de proponer un cambio de perspectiva sobre la concepción de las cuotas de género en Venezuela.

## PALABRAS CLAVE

igualdad, cuotas, representación femenina, discriminación.

## ABSTRACT

Despite women, in equal conditions as men, have had an important role on every political actions in the country, they have traditionally been under-represented in the political decision-making positions.

This work addresses this situation, analyzing its causes from a legal point of view, the main advances and setbacks included in the current laws and over the past years. Also, the most recent resolutions of the Supreme Court of Justice on this matter are reviewed here.

The final purpose of this work is to propose a perspective change about the implementation of gender quotas in Venezuela.

## KEYWORDS:

equality, quotas, female representation, discrimination.

## SUMARIO

- 1.- Introducción
- 2.- Marco jurídico: avances y retrocesos

---

\* Investigadora del Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid

3.- Cuotas electorales de género en la jurisprudencia electoral y constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela

4.- Consideraciones finales

## 1.- INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, en América Latina, se han realizado diversos esfuerzos por visibilizar a la mujer en el espacio público. En efecto, ciertos países de la región han optado por incluir en sus ordenamientos jurídicos un sistema de cuotas que establecen un mínimo de entre el 20% y el 50% de participación femenina en las listas partidarias.

Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, son algunos de los Estados que han consagrado normas de este tipo, dando lugar a una variedad de cuotas legislativas con efectos diferentes en la representación política de la mujer.

No existe uniformidad en las legislaciones nacionales respecto de dos elementos claves para garantizar la efectividad de la cuota: i) el lugar que deben ocupar las mujeres en las listas, y ii) el sistema de sanciones en caso de incumplimiento o transgresión de dicha medida. Así, mientras que en Argentina, Costa Rica, Bolivia, Ecuador, Perú y Honduras se exige el mandato de posición, a fin de garantizar la disposición alternada y secuencial entre hombres y mujeres, en Panamá y Brasil no se establece nada al respecto, lo que ha traído como consecuencia que el impacto de la reserva, en estos dos últimos, se haya visto disminuido<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>El mandato de posición es aquel que está orientado a asignar lugares mínimos en las listas (ya sea sobre la base de un sistema de alternancia, o bien, indicando lugares preestablecidos), con el fin de evitar que las mujeres sólo sean incluidas en lugares simbólicos, con pocas expectativas de resultar electas. Aquellos países que no lo contemplan, suelen tener un menor nivel de representación femenina, por ejemplo, Panamá 8,5% y Brasil 8,6%. Al respecto, véase: ARCHENTI, Nélica, “La paridad política en América Latina y el Caribe. Percepciones y opiniones de los líderes de la región”, Serie mujer y desarrollo, núm. 108, CEPAL, 2011, p. 17, disponible en: [http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/45262/Serie\\_108\\_Nelida\\_Archenti.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/45262/Serie_108_Nelida_Archenti.pdf) (consultado el 15.01.2014); ARICHENTI, Nélica; TULA, María Inés, “¿Las mujeres al poder?. Cuotas y paridad de género en América Latina”,

Por otra parte, en la mayoría de los casos, se han contemplado sanciones con el propósito de garantizar que los partidos políticos den cumplimiento a las cuotas establecidas. Por ejemplo, Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Costa Rica<sup>2</sup>, Perú, Paraguay y México, cuentan con una disposición que prohíbe la inscripción de la candidatura que no respete la reserva. En Honduras, por el contrario, el artículo 104 del Código Electoral, sólo indica que los partidos políticos que no cumplan con la cuota mínima establecida deberán pagar una multa equivalente al 5% de la deuda política.

Ciertamente, la adopción de las cuotas electorales de género ha logrado importantes avances en la región, toda vez que ha permitido incrementar en forma significativa la presencia de las mujeres en cargos de representación y ha favorecido su acceso a posiciones de liderazgo<sup>3</sup>. Empero, este tipo de medidas no ha sido suficiente para alcanzar una verdadera igualdad en el espacio político. Actualmente, el promedio de mujeres en los parlamentos nacionales en treinta y tres países de América Latina y el Caribe es de 24,5%. Sólo cuatro Estados superan el 30% de

---

[http://americo.usal.es/iberoame/sites/default/files/tula\\_PAPERseminario9\\_2012-2013.pdf](http://americo.usal.es/iberoame/sites/default/files/tula_PAPERseminario9_2012-2013.pdf) (visto el 31.01.2014)

2Costa Rica cuenta además con una Ley de Promoción de Igualdad de la Mujer, en la que se establece que del 30% del financiamiento que el Estado otorga a los partidos políticos, debe ser destinado un porcentaje para promover la participación y la participación política de las mujeres. Este es un ejemplo de medida de acción positiva que permite eliminar el obstáculo de la carencia de recursos económicos, a fin de que las mujeres puedan postularse en igualdad de condiciones que los varones

3Las mujeres en América Latina, en los últimos años, han llegado a ocupar importantes espacios del proceso de la toma de decisiones. En muchos países se han postulado candidatas a la presidencia y en algunos; como Chile, Argentina y Brasil, han sido electas. Aunado a ello, los ministerios cuentan con mayor presencia femenina, incluso en aquellas carteras tradicionalmente ocupadas por hombres (por ejemplo, defensa y economía). Cuestión que se debe, en parte, a esfuerzos particulares como el de Colombia que, a pesar de no tener un sistema de cuotas para cargos electivos, cuenta con una reserva mínima del 30% de mujeres para las designaciones de cargos públicos de alto rango. Vid.: CAIVANO, Joan; MARCUS-DELGADO, Jane, "Las mujeres de América Latina, al alza", *Política exterior*, núm. 153, 2013, p. 120 y ss.; AA.VV., "Sistemas electorales y representación femenina en América Latina", *Serie mujer y desarrollo*, núm. 54, CEPAL, 2004, p. 49, disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/14798/lcl2077e.pdf> (visto el 15.01.2014)

mujeres en el Parlamento: Costa Rica (38,6%), Argentina (37,4%), México (36,8%) y Ecuador (38,7%)<sup>4</sup>.

Situación que puede deberse a que la aplicación de estas leyes encontró no pocas barreras difíciles de eludir. Constantemente, suele afirmarse que las cuotas o reservas de cupos atentan contra el concepto de meritocracia. Los méritos y la capacidad son considerados deseables y valorados para el acceso a espacios de representación política, contrariamente a lo que ocurre con el acceso mediante los cupos, en los que el sexo aparece como único requisito fundamental. No obstante, en el espacio político los méritos no se pueden medir como en aquellos otros ámbitos atendiendo a baremos objetivables de antigüedad, habilidades o conocimiento<sup>5</sup>, sino mediante cooptación, exenta de la obligación de cualquier justificación y en la que es difícil negar que interviene, de hecho, y de manera muy relevante, un sesgo sexista a favor de las candidaturas masculinas<sup>6</sup>.

Con lo anterior no queremos afirmar que los méritos no tengan relevancia en la selección de los representantes políticos, sino que existen diferentes cualidades que son igualmente importantes en la política y que van más allá de los méritos, entre ellas: generar confianza, presentar

---

<sup>4</sup> Según los últimos datos publicados por la CEPAL, disponibles en: [http://interwp.cepal.org/cepalstat/WEB\\_CEPALSTAT/estadisticasIndicadores.asp?idioma=e](http://interwp.cepal.org/cepalstat/WEB_CEPALSTAT/estadisticasIndicadores.asp?idioma=e) (consultado el 17.01.2014)

<sup>5</sup> Baremos que, incluso, muchas veces están totalmente influenciados por la existencia de valores culturales sexistas, por lo que su aplicación, sin una adecuada interpretación, puede suponer la persistencia de criterios discriminatorios que limiten las expectativas de las mujeres, dificulten la consecución de los objetivos que se propongan, o que no se les reconozcan sus méritos de igual manera que se hace con los de los hombres. Para un mayor énfasis, véase: RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Igualdad, libertad y unidad política: a propósito de las cuotas electorales en México", en *Tópicos electorales un diálogo judicial entre América y Europa*, (Ríps Vega, L., Editor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 409; IGLESIAS VILA, Marisa, "La acción positiva en forma de cuotas electorales rígidas: algunas reflexiones en torno a los casos Coahuila y Veracruz", en *Tópicos electorales un diálogo judicial entre América y Europa*, (Ríps Vega, L., Editor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 390

<sup>6</sup> Vid.: RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Paridad electoral y cuotas femeninas", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, 1999, p. 50 y ss.

convincentemente problemas y soluciones, ser prudente y honesto en la gestión, etc.<sup>7</sup>

La realidad que evidencia que los partidos siguen manteniendo una postura renuente al cumplimiento de las cuotas, es otro de los obstáculos a superar. Las organizaciones políticas mantienen las trabas de su androcentrismo tradicional para el acceso de la mujer al poder. Un ejemplo de ello es que, además de intentar, frecuentemente, evadir la observancia de la cuota, considerando el porcentaje legal mínimo establecido como máximo y configurando listas electorales con una perspectiva de género acorde con el requisito mínimo del mandato de posición, continúan sin democratizarse de cara a las necesidades e intereses de las mujeres que los integran.

La existencia de un arraigado marco cultural y de valores en el que se subestima las capacidades y el desempeño de las mujeres, juega también un papel importante a la hora de excluirlas del mundo de la política. Según los últimos datos en la materia, un 36% de los latinoamericanos están de acuerdo en que es mejor que la mujer se concentre en el hogar y el hombre en el trabajo, la misma cantidad que en 1997<sup>8</sup>. Este porcentaje es desalentador, no hace más que revelar que muy pocos han sido los avances alcanzados en materia de equidad de género.

Pero el mayor impedimento que, para algunos autores, deben superar las cuotas de género es el relativo a la igualdad. Quienes se muestran contrarios a este tipo de medidas consideran que a través de dichas se trata a un individuo peor que a otro no en razón de alguna circunstancia que esté bajo su control, sino por su pertenencia –no voluntaria- a un determinado grupo<sup>9</sup>.

Así, se afirma que al consagrarse en la Constitución el derecho de igualdad, difícilmente podría haber ninguna discriminación ni en favor ni en contra de la mujer. Precisamente, este fue el principal argumento esgrimido (de manera bastante parca) por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, para que en el año 2000, decidiese desaplicar el artículo

---

<sup>7</sup>En el mismo sentido, véase: RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Igualdad, libertad y unidad política... op. cit., pp. 406 y ss.

<sup>8</sup>Informe Latinobarómetro, Santiago de Chile, 2009 p. 46 y ss.

<sup>9</sup>ATIENZA, Manuel, “Un comentario al caso Kalanke”, Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho, núm. 19, 1996, p. 119

144 de la Ley Orgánica de Sufragio y Participación Política (LOSPP), que obligaba a los partidos políticos a presentar listas de candidatos con un mínimo de 30% de mujeres.

Al estudio de este radical cambio de perspectiva de las cuotas electorales femeninas en Venezuela se dedicará el presente trabajo. A tal efecto, se analizará el marco jurídico en materia de paridad de género, así como también las principales reflexiones que del tema se han señalado en la jurisprudencia más reciente del máximo Tribunal. Y, por último, a manera de consideraciones finales, se defenderá la necesidad un cambio de perspectiva de la cuestión de las reservas electorales en favor de las mujeres.

## **2.- MARCO JURÍDICO: AVANCES Y RETROCESOS**

El proceso de inclusión de la mujer venezolana en la participación política y su visibilización, ha sido producto de una constante lucha por conseguir ser reconocida, respetada y aceptada. Si bien es cierto que en el año 1945 se produjo un importante avance cuando la Constitución reconoce, por primera vez, el derecho al sufragio femenino, no lo es menos que hasta hace poco más de una década no se había realizado ningún esfuerzo en lo que al derecho a la elegibilidad o al sufragio pasivo se refiere.

En este sentido, es en el año 1997, cuando en la LOSPP, se consagra una cuota del 30% para candidaturas femeninas en las listas de postulación a los cargos de elección popular<sup>10</sup>. Este sistema de cuotas ya tenía su antecedente en el país, pues el partido Acción Democrática, lo había incluido en sus estatutos desde el año 1981<sup>11</sup>.

---

10 Establecía textualmente el artículo 144: “Los partidos políticos y los grupos de electores, deberán conformar la postulación de sus candidatos por listas a los cuerpos deliberantes nacionales, estatales, municipales y parroquiales, de manera que se incluya un porcentaje de mujeres que representen como mínimo el treinta por ciento (30%) del total de sus candidatos postulados. No se oficializará ninguna lista a partidos políticos o grupos de electores que no cumplan con estas especificaciones. Esta disposición no es aplicable en aquellos casos de elecciones uninominales”

11 Hoy en día, este partido junto con el Movimiento al Socialismo, son las únicas organizaciones políticas que mantienen una cuota voluntaria de género del 30%

La reserva del 30% de presencia femenina en la confección de las listas electorales, constituyó una herramienta rápida para contrarrestar la escasa participación de mujeres en las candidaturas y la consecuente subrepresentación de dichas en el Parlamento (se pasó de un 5,9% a un 13,1%<sup>12</sup>). No obstante, si bien la eficacia de estas normas se potencia cuando se trata de medidas obligatorias y cuando se contemplan sanciones en caso de incumplimiento, tal y como ocurría en Venezuela, los partidos políticos elaboraron estrategias para vulnerar esta eficacia, ubicando a las mujeres en posiciones con muy poca probabilidad de resultar electas<sup>13</sup>.

A continuación, en 1999, se promulga la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer que, a pesar de que establece, por primera vez en el país, unos supuestos de discriminación de la mujer y ordena al Estado dictar las medidas generales o particulares pertinentes al efecto, no representa un verdadero avance en la cuestión de la sub-representación femenina en los puestos de toma de decisión, puesto que, de forma muy lacónica, sólo consagra una disposición sobre la participación de las mujeres en los partidos políticos. Dejando de lado el tema de las cuotas vinculantes y su implementación<sup>14</sup>.

Ese mismo año, se eligieron los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, quienes tenían la función de redactar la propuesta de la nueva Constitución Nacional que, ulteriormente, se sometería a referendo popular. La representación de mujeres alcanzada en esta Asamblea fue de 13%, con lo cual, se mantiene la cifra porcentual obtenida para las dos cámaras del Congreso Nacional en las elecciones de 1998<sup>15</sup>.

En el mismo año, se aprueba la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), que además de instaurar un nuevo orden político, social, económico y cultural, reconoce el principio de igualdad y desarrolla explícita y directamente las condiciones jurídicas para su

12 Según cifras de Inter Parliamentary Union, disponibles en: [http://www.ipu.org/parline-e/reports/2347\\_arc.htm](http://www.ipu.org/parline-e/reports/2347_arc.htm) (20.01.2014)

13 ARICHENTI, Nélica; TULA, María Inés, “¿Las mujeres al poder?... op. cit. p. 5

14 Artículo 19: “Los partidos políticos incluirán en sus Estatutos, mecanismos eficaces que promuevan la efectiva participación de la mujer en los procesos electorarios internos y en los órganos de dirección, con plena garantía de igualdad de oportunidades en el ejercicio de este derecho para militantes de uno u otro sexo”

15 REVERÓN, Zaida, “Participación y representación de la mujer en instancias de gobiernos y cuerpos deliberantes en Venezuela”, Revista Politeia, núm. 28, 2002, p. 26

interpretación. Así, se afirma en el artículo 21 que: “Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia i) se prohíben todo trato discriminatorio fundado en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona; ii) la ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (...)”.

Este preciso mandato se convirtió en letra muerta en lo que al tema que nos ocupa se refiere, toda vez que, en el año 2000, el Consejo Nacional Electoral (CNE), órgano rector de carácter administrativo del Poder Electoral, sin tener ninguna competencia para ello, resolvió desaplicar la cuota electoral de género de la LOSPP por considerarla inconstitucional. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Las primeras elecciones que se realizan sin la vigencia de la reserva son las relativas a la elección de los 165 diputados de la Asamblea Nacional, órgano que por mandato constitucional, sustituye al Congreso Nacional. En este caso, se repite la cifra de mujeres lograda en el proceso electoral anterior (13%).

En los años 2005<sup>16</sup> y 2008<sup>17</sup>, el CNE aprobó una resolución para cada elección, en la que se exigía a los partidos y grupos políticos postular en sus listas, paritaria y alternativamente, las candidaturas de hombres y mujeres en proporciones de 50 y 50. Una vez más, estas resoluciones no fueron acatadas por los partidos políticos en su totalidad, y el avance obtenido fue realmente irrisorio<sup>18</sup>.

---

16 Resolución del Consejo Nacional Electoral, N° 050401-179, del 1 de abril de 2005

17 Resolución del Consejo Nacional Electoral, N° 080721658, del 21 de julio de 2008

18 Para mayor énfasis, ver: MADRIZ SOTILLO, Jhannett, “Visibilización de la mujer en la República Bolivariana de Venezuela”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 13, 2012, p. 326 y ss., GARCÍA PRINCE, Evangelina, *La participación política de las mujeres en Venezuela: situación actual y estrategias para su ampliación*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), Caracas, 2012, pp. 20 y ss.

Posteriormente, en 2009, se sanciona la vigente Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE), que no obstante de las recomendaciones de diversos sectores defensores y protectores de los derechos de las mujeres exigiendo una disposición sobre la paridad de género en el cuerpo normativo, nada se consagró al respecto<sup>19</sup>.

En las últimas elecciones a la Asamblea Nacional, realizadas en el 2010, las diputadas electas suman el 17% de los escaños. Para estos comicios, tal y como se venía haciendo hasta la fecha, el CNE adoptó una nueva Resolución en la que se instaba a las organizaciones postulantes a establecer mecanismos en la selección de sus postuladas y postulados a los efectos que sus candidaturas a los cuerpos deliberantes tuviesen una composición paritaria y alterna, de 50% para cada sexo<sup>20</sup>.

Actualmente, rige en Venezuela el Plan de Igualdad y Equidad de Género “Mamá Rosa” (2013-2019), en el que se consagran una serie de líneas de acción dirigidas a promover la autonomía de las mujeres y la igualdad de género en los diferentes ámbitos de la sociedad, especialmente en la vida pública y en los cargos de elección popular.

Entre estas líneas de acción nada se expresa sobre el tema de la paridad, la infrarrepresentación de la mujer en los puestos de toma de decisión y mucho menos de su inclusión en los partidos políticos. Lo que pone de manifiesto que el discurso aparentemente inclusivo que se mantiene en todo el texto, resulta ser un tanto ilusorio e inviable.

El referido Plan, representa un retraso con respecto al anterior, que si consagraba un objetivo relativo al impulso de la inclusión del 50 y 50 de participación política en forma alterna en la Ley Orgánica del Poder Electoral, aunque tampoco fue un compromiso asumido seriamente por parte del Estado<sup>21</sup>.

Como se ha podido comprobar en esta breve revisión del ordenamiento jurídico venezolano, durante los últimos años ha habido algunos intentos por mejorar la situación de la mujer en los puestos de toma de decisión. Sin embargo, estos pequeños esfuerzos realizados a nivel nor-

---

19 Véase: MADRIZ SOTILLO, Jhannett, “Visibilización de la mujer en la República... op. cit., p. 326

20 Resolución del Consejo Nacional Electoral, N° 100208-0011, del 8 de febrero de 2010

21 Plan de Igualdad para las mujeres Juana Ramírez “La avanzada” (2009-2013)

mativo/reglamentario no han tenido los efectos deseados, bien porque no existe un interés de avanzar en la materia, o porque, a pesar del discurso aparentemente tolerante e incluso que ha mantenido el Estado durante los últimos años, no se cuenta una verdadera voluntad política para materializar la igualdad real y efectiva amparada por la Constitución.

### **3.- CUOTAS ELECTORALES DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA ELECTORAL Y CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA**

Resulta cuanto menos interesante mencionar la jurisprudencia más relevante de la Sala Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en relación con el artículo 144 de la LOSPP, que estableció la cuota de género del 30% para las candidaturas a los cuerpos deliberantes nacionales, estatales, municipales y parroquiales, y su posterior desaplicación por parte del CNE.

El caso más emblemático en la materia se originó en el contencioso electoral venezolano cuando, el 7 de abril de 2000, la abogada Sonia Sgambatti, interpuso un recurso contencioso electoral contra los actos administrativos emanados del CNE contenidos en la Resolución N° 000321-544, de fecha 21 de marzo de 2000, y en la Circular N° 31, de la misma fecha, mediante las cuales se desaplicó lo dispuesto en el artículo 144 de la LOSPP, por considerarlo inconstitucional.

La recurrente alegó, por una parte, que las disposiciones cuya nulidad solicita violan el artículo 21 de la CRBV al menoscabar el derecho a la igualdad real, efectiva y positiva allí previsto, desconociendo el mandato del constituyente con la finalidad de impedir la discriminación en contra de la mujer, “permitiendo que se admitan las listas de organizaciones políticas que no cumplen con el requisito de incluir en estas un porcentaje de mujeres que representara como mínimo el 30% del total de sus candidatas postulados”.

Asimismo, afirmó que el acto administrativo está viciado de nulidad puesto que el órgano electoral “procedió a arrogarse funciones que no le son propias y concretamente al ordenar desaplicar y tener por derogada una disposición legal, con plena vigencia, desconoció el principio

fundamental de que las leyes sólo pueden derogarse por otras leyes, así como también violentó las normas atributivas de competencia de los Poderes Públicos, conforme a las cuales corresponde al Poder Legislativo, a través de la Asamblea Nacional la función de legislar en materia de la competencia nacional”.

La Sala Electoral, declaró improcedente el recurso, esgrimiendo como fundamento de la decisión, las siguientes consideraciones:

1.- La cuota electoral de género revela una ostensible contradicción con el artículo 21 de la Constitución, en efecto, “el principio de igualdad opera en dos planos diferentes: frente al legislador (igualdad en la ley) y en aplicación de la ley. En el primer caso la preservación de la igualdad en la ley impide que se puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a las personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación, por lo que cuando el legislador en uso de su potestad actúa en forma contraria al criterio antes referido, es decir, configura el presupuesto de hecho de la norma creando una mejor posición para una persona o grupo de personas, y dotándolo de esta manera de un régimen jurídico más favorable que el de otros, incurre en una infracción del principio de igualdad por parte del legislador”. Asimismo, señala que “el análisis de la cuota de género pone en evidencia que el legislador creó, basado en la situación en la que se encontraba para ese momento la mujer, una situación más favorable para éstas en la integración de las listas que deben ser presentadas para la elección de los cuerpos deliberantes con la finalidad de materializar en la práctica el principio de igualdad de la Constitución de 1961”<sup>22</sup>.

Como bien afirma la Sala, el principio de igualdad opera no sólo en la aplicación del derecho sino también en la formulación del derecho<sup>23</sup>.

---

22 El artículo 61 de la antigua Constitución de 1961 indicaba: “No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social”

23 Comparte la Sala, de esta forma, la tesis planteada, en 1925, por LEIBHOLZ, cuyas ideas fundamentales son la defensa de un principio general y autónomo de igualdad como derecho subjetivo constitucional fundamental, que se impone y vincula también al legislador limitando su libertad de configuración, así como el concepto de arbitrariedad. Para el autor, el principio de igualdad prohíbe tratar a personas o grupos de personas emplazados en situaciones esencialmente diferentes, de manera arbitrariamente idéntica. LEIBHOLZ citado por VILLANCORTA MANCEBO, Luis,

Así, el juicio de igualdad se extiende de la aplicación a la misma creación de la norma, esto es, a la razonabilidad de su contenido<sup>24</sup>. No son, sin embargo, pocos los problemas que plantea esta concepción, entre ellos, el sometido a consideración: la aparente contradicción entre el principio de igualdad y la facultad de legislador de diferenciar.

El modo de sujeción de la ley al principio de igualdad se ha resumido, con frecuencia, en una fórmula en la que se encierra uno de los tópicos más arraigados de nuestra cultura: “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”<sup>25</sup>.

Esta fórmula aristotélica, según Alexy, no debe ser interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad formal sino material. En consecuencia, la máxima de la igualdad admite que: i) si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual, y ii) si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual<sup>26</sup>.

Para el autor, la interpretación de la noción de razón suficiente, con la ayuda del concepto de arbitrariedad, procura que haya casos en los cuales razones suficientes hablan en favor de la permisión pero no de la exigencia de un trato desigual. Una razón es suficiente para la permisión de un trato desigual si, en virtud de esta razón, el tratamiento desigual no es arbitrario. Por consiguiente, un trato desigual no es arbitrario no sólo cuando es la solución mejor o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para su permisión<sup>27</sup>.

---

“Igualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huellas de una tarea inacabada”, Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 12, 2005, p. 164 y ss.

24 REY MARTÍNEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, p.44

25 “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. ARISTÓTELES, Política, libro III, cap. 9, 1280a.

26 ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 408.

27 *Ibidem.*, p. 400

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su jurisprudencia, ha afirmado que una diferencia de trato se admite cuando se basa en una justificación objetiva y razonable, persigue un fin constitucionalmente legítimo y existe una lógica relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida<sup>28</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha determinado dos vías para tratar de resolver la contradicción aparente del principio de igualdad y la potestad legislativa de clasificar: la doctrina de la clasificación (o diferenciación de trato) razonable y la doctrina de la clasificación sospechosa (o prohibición de discriminación en sentido estricto)<sup>29</sup>.

Una clasificación razonable es aquella que incluye a todas las personas que están similarmente situadas respecto del propósito de la ley. Dicho propósito puede ser la eliminación de un mischief o la consecución de algún positive public good, además debe existir un criterio de relevancia para determinar si una persona posee o no el rasgo característico que implica su inclusión en la clase especial.

Hay cinco posibilidades en las que puede presentarse la relación entre las personas que poseen el rasgo característico y los individuos afectados por el daño al que la ley da respuesta: i) la clasificación normativa es perfectamente razonable, ii) la clasificación es irrazonable, iii) la clasificación es underinclusive; porque no incluye a todos los que están similarmente situados con el propósito de la ley, iv) la clasificación

---

28 Sentencia de 23 de julio de 1968, relativa a ciertos aspectos del régimen lingüístico de Bélgica. Este ha sido el criterio seguido por el Tribunal Constitucional Español. Véase, entre otras: STC 98/2003, de 2 de junio; STC 59/2008, de 14 de mayo; STC 012/2008, de 29 de enero de 2008

29 El análisis clásico en la materia es el que, en 1949, realizaron TUSSMAN y tenBROEK, comparando la cláusula del due process y de la equal protection. En este sentido, véase: TUSSMAN, Joseph; tenBROEK, Jacobus, "The Equal Protection of de Laws", California Law Review, núm. 3, 1949, pp. 341-381; REY MARTÍNEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, p. 48 y ss.; ROSA JAIMES, Verónica de la, "Una aproximación a la noción de igualdad sustancial", Derechos Humanos México. Revista Nacional del Centro de Derechos Humanos, núm. 3, 2006, p. 39 y ss., RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 19, 1996, pp. 39-86

es overinclusive, ya que incluye a más personas de las que se encuentra similarmente situados; y v) la clasificación es mixta, toda vez que incluye a las dos anteriores (underinsluye y overinclusive). Las últimas cuatro relaciones son discriminatorias.

La doctrina de la clasificación sospechosa, por el contrario, supone que existe una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen como rasgo de diferenciación la raza, la religión, la ideología, sexo, o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en perjuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En consecuencia, el examen judicial de control deberá ser mucho más riguroso.

A partir de este contexto, es importante mencionar los tres estándares de revisión, que utiliza la Corte Suprema, para juzgar la constitucionalidad de una clasificación normativa:

Strict scrutiny test, se aplica a las distinciones normativas con base en la raza, el nacimiento, o la religión. Según este criterio, no se aceptará cualquier objetivo gubernamental permisible como suficiente para apoyar una clasificación, sino que es necesario que el autor de la norma demuestre que persigue un interés primordial<sup>30</sup>.

Rational relationship test, únicamente exige la racionalidad de la relación entre los medios y los fines perseguidos por la norma. Es decir, debe demostrarse que las razones del legislador para clasificar son legítimas.

Intermediate test, es una forma intermedia de revisión respecto de los dos anteriores para aquellas categorías que se consideran como sensibles (por ejemplo: el sexo), según el cual, los fines de la norma deben ser perentorios y la distinción necesaria.

Una vez analizadas estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, es innegable que tienen varios puntos en común: la igualdad, en el contenido de la ley, implica una exigencia de razonabilidad de la

---

30 El primer caso en el que la Corte aplicó el strict scrutiny test fue en la sentencia *Korematsu vs. United States*, de 1944, en la que se aceptó la constitucionalidad de un orden militar que recluyó forzosamente a americanos de origen japonés en campos de concentración. Vid.: REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental...*, op. cit., p. 52 y ss.; RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia...", op. cit., p. 62

diferencia. En este sentido, el legislador tiene una libertad de configuración normativa que le permite establecer distinciones, siempre que estén justificadas.

En palabras del Tribunal Constitucional Alemán: “el legislador, en principio, no puede conformarse con aceptar sin más las diferencias de hecho existentes; si son incompatibles con las exigencias de la justicia, tiene que eliminarlas”<sup>31</sup>.

A partir de estas consideraciones, el argumento fundamental en el que se sustenta la sentencia para declarar, aún sin tener ninguna facultad para ello, la inconstitucionalidad de la cuota electoral de género, es erróneo. Pues, mal podría haber interpretado la Sala que el principio de igualdad en la ley impedía la adopción de una reserva, dirigida a mitigar la sub-representación femenina, más que evidente, en los puestos de toma de decisión.

Bajo esta concepción absolutamente formalista y rígida del principio de igualdad, contraria a cualquier tipo de diferenciación o de distinción, los magistrados omiten injustificadamente el mandato constitucional de igualdad material o igualdad de oportunidades, incorporado en la CRBV de 1999, según el cual, para conseguir la igualdad real y efectiva no es suficiente la mera equiparación, sino que resulta necesaria la “desigualación igualadora”<sup>32</sup>.

Justamente, este ha sido uno de los principales obstáculos que han tenido que superar las cuotas de género. Con frecuencia suele afirmarse que las reservas son discriminaciones directas porque producen un trato

---

31 Sentencia BVerfGE 3, 58 (158); citada por ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos*, op. cit., p. 407

32 La noción de derecho desigual igualatorio es utilizada por el Tribunal Constitucional Español (STC 229/92) para hacer referencia, en el marco de la igualdad de género, a la “adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, a fin de asegurar el goce efectivo del derecho de igualdad por parte de la mujer”. Para mayor estudio de esta jurisprudencia, vid.: BALLESTER PASTOR, María Amparo, “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de las personas por razón de su origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/48)”, en: *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, (Moliner Tamborero, G., Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 345

diferente y dañino a los individuos que, en razón de determinadas circunstancias, no pertenezcan al grupo históricamente excluido y, bajo este punto de vista, son las verdaderas excepciones al principio de igualdad de trato<sup>33</sup>.

Ahora bien, entendiendo a las discriminaciones directas como aquella situación en la que, en función de los rasgos especialmente protegidos (género, raza, etc.), una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga<sup>34</sup>, difícilmente puede afirmarse que las cuotas femeninas discriminan, toda vez que hombres y mujeres no se encuentran en la misma situación de hecho.

La existencia de un cupo mínimo en las listas electorales no garantiza a las candidatas una plaza en los puestos de decisión, sino que sólo las pone en condiciones de participar en la competición electoral, recuperando una desventaja evidente en los puntos de partida<sup>35</sup>. Una cosa es ser candidato y otra muy distinta ser elegido para ocupar un cargo, pues los electores pueden libre y válidamente tomar la decisión de elegir a aquel candidato/a que más les convenza independientemente de su sexo<sup>36</sup>.

33 Al respecto, véase: RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en: El concepto de igualdad, (Valcárcel, A., Compilador), Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1994., p. 80. En el mismo sentido, vid.: VELASCO ARROYO, Juan, “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, *Revista de Filosofía*, núm. 41, 2007, p. 143; GIMENEZ GLUCK, David, Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, Tirat lo Blanch, Valencia, 1999., p. 78; GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en: Derecho a la no discriminación, (De la Torre Martínez, C., Coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2006, p. 350

34 REY MARTÍNEZ, Fernando, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación”, en: Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos y participación democrática, (Matía Portilla, F., Coordinador), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 73

35 Entre otros, ver: GUDE FERNÁNDEZ, Ana, “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, *Parlamento y Constitución*. Anuario, núm. 5, 2001, p. 165; DE SIERVO, Ugo, “La mano pesante della Corte sulle “quote” nelle liste elettorali”, *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 5, 1995, p. 3270

36 En efecto, no podría decirse que las listas paritarias afecten el contenido esencial del derecho de sufragio activo, puesto que la libertad del elector es plena por encima de las cuotas no sólo en el caso de las listas abiertas, en las que el elector puede configurar su voto eligiendo nombres de distintas candidaturas, sino también en las

La licitud constitucional de este tipo de normas que imponen cuotas de género a los partidos políticos en la configuración de sus listas electorales, deviene del hecho de que dichas pretenden corregir y compensar los mecanismos de exclusión que, en la vida pública, todavía existen para las mujeres.

No podría tratarse jurídicamente de modo idéntico a dos situaciones de hecho sustancialmente diferentes puesto que se originaría una discriminación por indiferenciación o igualación<sup>37</sup>. En la esfera de la participación política de las mujeres, no hay más que ver los datos para evidenciar que, aún hoy en día, la minusvaloración de la mujer en la sociedad persiste. A los hombres se les hace más fácil acceder al ámbito público y ocupar puestos en organizaciones políticas, por diferentes motivos: no tienen que preocuparse por conciliar la vida profesional con la familiar; son, tradicionalmente, considerados “aptos” para la política; sobre ellos no pesa ninguna barrera estructural que los considere como incapaces para ejercer cargos públicos, etc.

Ante esta situación de desigualdad real de las mujeres, la adopción de una normativa neutra, como la vigente en Venezuela, no es una decisión neutral. La experiencia demuestra que la identidad jurídica de trato entre mujeres y hombres actúa como instrumento de preservación de la situación actual, más que como punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario, pues la norma aparentemente neutral se enfrenta a un estado de desequilibrio social entre los sexos<sup>38</sup>.

---

listas cerradas pero no bloqueadas, donde puede alterar el orden de la candidatura elegida. Ahora bien, en lo que respecta a las listas cerradas y bloqueadas, las cuotas no añaden una mayor limitación al derecho que la que ya establece el bloqueo de las listas, razón por la cual, deben considerarse como uno más de los condicionamientos establecidos por el legislador para el ejercicio del sufragio activo. En este sentido, véase: BIGLINO CAMPOS, Paloma, “Acerca de la constitucionalidad de las leyes electorales paritarias”, en: XXV Aniversario de la Constitución Española. Propuestas de reformas, (Balanguer Callejón, M.L., Coordinador), CEDMA, Málaga, 2004, pp. 359-370.; RUIZ MIGUEL, Alfonso, “En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres”, *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007, p. 65

37 REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, p. 171

38 Vid.: MACÍAS LOVERA, Karla María, “Las cuotas de género en Latinoamérica: una apuesta común”, en: *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, (Ríps Vega, L., Editor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011,

Consideramos, entonces, que si la Sala hubiese empleado cualquiera de los dos esquemas argumentativos planteados en el Derecho Europeo y en el Derecho Anglosajón, pues ambos son perfectamente acordes con el artículo 21 de la CRBV, la conclusión hubiese sido otra. Las políticas que favorecen a las mujeres (como los cupos electorales) se justifican porque mejoran la situación de toda la comunidad y no sólo la de dichas.

2.- En el segundo argumento planteado en el fallo, se afirma que si bien las cuotas pudieron ser congruentes, o estar en sintonía con la Constitución de 1961, “no es posible afirmar lo mismo cuando se confronta con la Carta Magna de 1999, por cuanto la situación en la que se encuentra la sociedad venezolana ha variado notablemente, motivo por el cual se estableció plena igualdad, esto es, identidad de condiciones y oportunidades para ejercer derechos especialmente atinentes a los cargos de elección popular, sin que exista norma alguna que restrinja, limite o menoscabe el ejercicio de estos derechos de las mujeres”.

3.- En consonancia con lo anterior, considera la Sala que “es un hecho notorio que el sexo masculino milita en mayor número en las agrupaciones políticas que las mujeres, y que la militancia política en todas las sociedades y en todos los tiempos siempre ha estado reducida a una proporción mínima de población, y los liderazgos que resultan en la misma son producto del trabajo político perseverante de los integrantes de las asociaciones con fines políticos, los cuales militan voluntariamente en sus agrupaciones independientemente de su sexo. Muy por el contrario, no se debe a limitaciones establecidas al sexo femenino, ni mucho menos a la serie de tareas hogareñas a las que el sexo femenino pudiera encontrarse obligado”.

4.- Por último, en relación con la nulidad de la Resolución se reconoce que “se produjo una irregularidad en sede administrativa, por cuanto a pesar de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma en cuestión, la misma no podía ser desaplicada por un organismo integrante de la Administración Electoral, y mucho menos declarar su derogatoria. En este sentido, estima la Sala que tal irregularidad en cualquier otro caso daría lugar a la nulidad de los actos recurridos, pero en este caso particular, en vista de que la inconstitucionalidad de las mismas se deriva del nuevo ordenamiento jurídico, como consecuencia de la entrada

---

p. 474; REY MARTÍNEZ, Fernando, “El derecho fundamental...”, op. cit., pp. 95-96

en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la referida irregularidad tiene un carácter no inválidamente y así se decide”.

Partiendo de estas consideraciones y, obviando la evidente atribución que de las funciones de la Sala Constitucional hacen los magistrados de la Sala Electoral, varias son las cuestiones a analizar.

Como es evidente, la Sala desconoce la situación de la mujer venezolana en su totalidad, y en mayor medida los obstáculos a los cuales dicha se enfrenta para poder participar en el ámbito político en igualdad de condiciones que sus compañeros varones. De allí que considere innecesaria la implementación de una cuota electoral de género.

En opinión de los magistrados, las mujeres que se interesan en la política, no llegan a obtener posiciones de liderazgo que les permitan optar por cargos de elección porque no son perseverantes, y no porque la cultura política androcéntrica, imperante a lo largo de los años, las haya dejado de lado, o porque sobre ellas existan una serie de estereotipos que las han confinado exclusivamente al ámbito privado y, de ahí, que la probabilidad objetiva de alcanzar los mismos logros que los hombres sea menor. Mucho menos por el hecho de que el sexo femenino “pudiera encontrarse obligado” a la realización de las tareas del hogar. Señalamiento que, a nuestro entender, es totalmente sexista.

Ciertamente, hoy día no se discute la inexistencia de una igualdad formal entre hombres y mujeres. La tendencia de los Estados de derecho contemporáneos es integrar el principio de igualdad en todos los ámbitos de la sociedad. El problema radica en que a pesar de que, hombres y mujeres, aparentemente, se encuentran en idénticas condiciones para acceder a la política, éstas últimas siguen estando infrarrepresentadas en los centros de toma de decisión.

En el caso específico de Venezuela, en los últimos veinte años sólo ha habido un aumento del 10% de participación femenina en el Parlamento, y lo que es aún más significativo, el mayor aumento se obtuvo en el año 1998, cuando se adoptó por primera vez el sistema de cuotas de género.

Frente esta realidad, la Sala (de una manera bastante ilógica) entiendo que el texto constitucional sin orden ni concierto y por su propia existencia, produce la igualdad de hecho que, a lo largo del tiempo las

mujeres han demandado. Es decir, la Carga Magna es, sin más, un texto jurídico que genera, ipso facto, la tan ansiada igualdad real y efectiva<sup>39</sup>.

Infelizmente, este fallo representó un claro retroceso en materia de igualdad de género. Es de extrañar que la Sala, al contrario de las interpretaciones que se venían realizando en el Derecho Continental y Anglosajón, no haya profundizado en su argumentación acerca de la conveniencia o inconveniencia, a su juicio, de este tipo de medidas que, para la fecha, se habían impuesto en gran parte de los países de América Latina, Europa, Asia y África como uno de los mecanismos más eficientes para garantizar la participación femenina en los puestos de toma de decisión.

La comentada decisión, dio lugar a la presentación de un recurso de revisión, en el año 2004, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por parte de la misma recurrente del caso anterior. No obstante, no es sino hasta el año 2011 cuando finalmente se resuelve.

Esta vez se solicitaba la anulación de la sentencia de la Sala Electoral y la restitución de la vigencia del artículo 144 de la LOSPP, por considerar que la interpretación que realiza dicho órgano, relativa a la cuota electoral de género, “revela una ostensible contradicción con el artículo 21 de la Constitución, es una ginopia, una ceguera garantizar los derechos de igualdad y no discriminación de las mujeres, es una condición socio cultural de miopía a los logros alcanzados por grupos y organizaciones femeninas en el campo político”.

Igualmente, se alegó que “el criterio sostenido en la sentencia objeto de revisión denominado inconstitucionalidad sobrevenida, carece de fundamento cuando la igualdad de derecho, consagrada en la Constitución y la situación real de las mujeres en comparación con la de los hombres en el plano político demuestran la incoherencia entre lo que contempla la ley y la realidad profundamente discriminatoria, tal como queda demostrado al revisar los porcentajes de la participación de las mujeres en cargos de elección popular en los procesos electorales”.

---

39 En el mismo sentido, vid.: HUGGINS CASTAÑEDA, Magally, “Venezuela: veinte años de ciudadanía en femenino”, Ponencia, Foro de Venezuela: Visión Plural, Proyecto de investigación: Redefinición de la democracia y la ciudadanía en Venezuela: nuevas relaciones entre Estado y sociedad civil, disponible en [webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/magally\\_huggins/ciudadania.doc](http://webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/magally_huggins/ciudadania.doc) (visto el 30.01.2014), p. 32

En este contexto, la Sala Constitucional puntualizó en su motivación para decidir:

1.- Tal y como señaló la Sala Electoral “el CNE incurrió en un error al desaplicar el artículo 144 de la LOSPP, sin tomar en consideración que tal pronunciamiento excedía el ámbito de su competencia formal y material”. Por lo cual, “se insta al Poder Electoral para que en futuras oportunidades se abstenga de efectuar este tipo de pronunciamientos, ya que ello lo coloca al margen de sus atribuciones constitucionales y legales, en claro perjuicio del Estado de derecho y del principio de legalidad”.

2.- En el mismo orden de ideas, se admite que “la Sala Electoral se extralimitó en el ámbito de sus competencias, ya que sólo tenía la facultad para desaplicar en un caos concreto una determinada disposición legal en ejercicio del control difuso de la Constitución, pero no para declarar su inconstitucionalidad, que es una competencia exclusiva esta Sala”.

3.- En atención a las consideraciones expuestas “la Sala Electoral, ante la supuesta inconstitucional del artículo 144 de la LOSPP debió limitarse, en ejercicio del control difuso, a desaplicar para el caso en concreto la referida disposición y, posteriormente, remitir las actuaciones a esta instancia, a fin de determinar si efectivamente la norma resultaba contraria o no al texto constitucional”.

4.- No obstante lo anterior, y “a pesar de que el error en el que incurrió la Sala Electoral daría lugar a la nulidad de la decisión objeto de revisión, esta Sala en atención al principio del iura novit curia advierte que, el 12 de agosto de 2009, entró en vigencia la LOPE, en la que no se aprecia la existencia de ninguna disposición similar al artículo 144 de la LOSPP”. En atención a ello, “este órgano jurisdiccional estima que se produjo un decaimiento sobrevenido del objeto de la presente solicitud de revisión, ya que la disposición normativa objeto de la controversia quedó derogada por la entrada en vigencia de una nueva ley, razón por la cual se declara inadmisibile la revisión solicitada”.

Esta postura no fue compartida por todos los miembros de la Sala, pues, hubo un voto salvado, de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en el que, acertadamente, se estima que la igualdad formal o abstracta no garantiza por sí sola la igualdad material. De allí la tendencia legislativa, en el Derecho comparado, a imponer medidas dirigidas a fomentar y ga-

rantizar la participación de la mujer en la actividad política y su incidencia en los órganos públicos de decisión.

A nuestro juicio, resulta lamentable esta argumentación excesivamente precaria del máximo intérprete y garante de la CRBV, acerca de un tema relevante en materia de igualdad y no discriminación como el de las cuotas femeninas.

Aunado a ello, es importante destacar que, esta sentencia es contraria a la interpretación que la misma Sala, en el año 2008, hizo del artículo 21 de la CRBV. En aquél entonces, se afirmaba que: "...el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación", y aclaró también que "no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas".

De esta forma, se admite, de manera inequívoca, la constitucionalidad de aquellos tratos desiguales basados en causas objetivas y razonables<sup>40</sup>. Si esto es así, cabe preguntarse: ¿No es causa suficientemente objetiva y razonable la innegable sub-representación femenina, en los puestos de toma de decisión, a causa de la existencia de una serie de barreras estructurales que pesan sobre las mujeres y las confinan al ámbito privado, siendo éstas la mitad de la población?

Sinceramente, no comprendemos (porque tampoco lo ha expresado) cuál ha sido el juicio de valor esgrimido por la Sala para llegar a esta

---

<sup>40</sup> La Sala Constitucional se decanta, entonces, por seguir el esquema argumentativo característico del Derecho Continental planteado por ALEXY, comentado *up supra*, antes que la interpretación, que del derecho de igualdad, se realiza en el Derecho Anglosajón

conclusión y, en consecuencia, ignorar el fondo del asunto, dedicándose a resolver cuestiones meramente formales.

Una vez más, se evita ponderar si la definición o calificación que el legislador ha hecho de la situación de facto (la sub-representación femenina en los cargos de elección popular) que debe ser tratada de forma desigual, no vacía de contenido el derecho fundamental de igualdad que se denuncia como conculcado. Lo cual, supone un análisis de si el criterio diferenciador es razonable, esto es, si es acorde por el ordenamiento constitucional.

Asimismo, se incurre en una omisión lesiva del derecho de igualdad, desechando, a priori, cualquier posibilidad de, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 336.7 de la CRBV<sup>41</sup>, instar a la Asamblea Nacional a fin de reformar la vigente LOPE, con miras a la adopción de una cuota en listas electorales, que favorezca el aumento de la presencia de las mujeres en los cargos públicos de representación.

Quizá esta decisión hubiese sido más acorde con las expectativas de progresividad en la consecución práctica del principio de igualdad, concebido, en el Título I de la CRBV, como un valor superior del ordenamiento jurídico del Estado y su actuación.

De esta forma, resulta un tanto paradójico el hecho de que sea el Poder Electoral el órgano que, en los últimos años, ha intentado garantizar la materialización de la igualdad entre hombres y mujeres, de cara a la celebración de cada proceso electoral. Mientras que el Tribunal Supremo de Justicia, no ha asumido una actitud de mayor activismo judicial tan necesaria en los procesos de transformación institucional para el logro de la justicia material, así como, para dotar de contenido progresista el desarrollo de los lineamientos constitucionales.

Este no es más que otro de los ejemplos en el que se evidencia la gran incoherencia entre el discurso democrático participativo y protagónico, mantenido durante los últimos años en Venezuela, y la práctica.

---

41 Artículo 336: “Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

#### 4.- CONSIDERACIONES FINALES

Comprender las cuotas electorales de género como una medida lesiva al derecho de igualdad, tal y como lo hace el Tribunal de Justicia de Venezuela, es, a nuestro entender, una postura teórica equivocada. Con las cuotas no se otorgaría un trato diferente y más favorable a las mujeres respecto de los hombres, sino que, por el contrario, se trataría de corregir, a través de una medida jurídica, la desventaja evidente en los puntos de partida que impide que las mujeres accedan, de hecho, a los puestos de toma de decisión. En palabras de Rey Martínez, estamos hablando del ejercicio sin trabas ni obstáculos de un derecho, el de participación política, no de un privilegio, ni siquiera de una compensación.

En este contexto, se propone la reforma de la legislación del sistema electoral venezolano a fin de adoptar una cuota o reserva que sea formalmente neutra en cuanto al sexo y bidireccional. De modo tal que el porcentaje de participación este asegurado a uno y otro sexo, aunque, evidentemente, quien se encuentra en desventaja en la representación política son las mujeres y, por lo tanto, el objetivo de la norma es superar las barreras que dificultan su intervención.

Las reservas deben ser entendidas como una medida necesaria, aunque no suficiente, para lograr un aumento de la participación política femenina. Indudablemente, si no se hubiesen implementado, las mujeres no tendrían la representación que hoy día tienen en los Parlamentos, pues se ha demostrado la incapacidad de resolver el problema a través de otros medios menos drásticos<sup>42</sup>.

Con la introducción de las cuotas de género en los diferentes espacios de la sociedad se quiere eliminar de raíz una jerarquía de género “artificialmente creada” y, por lo mismo, “artificialmente modificable”. Las cuotas femeninas, tal y como se conciben en el presente trabajo (bidireccionales, consecuentes con las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral, y únicamente en casos donde exista una infrarrepresentación del sexo) se conciben como medios idóneos y eficientes para

---

42 Se demuestra el efecto negativo de la falta de cuotas en países como Chile, Colombia y Guatemala que no superan el 15% de participación femenina en los Parlamentos. Al respecto, vid.: <http://www.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp> (consultado el 17.01.2014)

acabar con la discriminación que ha existido tradicionalmente sobre las mujeres a causa de los denominados estereotipos de género.

Este tipo de acciones deben ir forzosamente dirigidas a alcanzar un verdadero cambio en las mentalidades, actitudes y conductas que estimulan la situación de desigualdad, a fin de situar a todos los miembros de la sociedad en las mismas condiciones de participación de aquellos bienes que se consideran escasos. En la medida en que se quiebren los antiguos modelos de segregación y jerarquía y se abran oportunidades para todos los grupos y minorías, tendremos una sociedad más justa y equitativa, en la que las cuotas serán un mecanismo totalmente innecesario, pero hasta entonces su adopción, a pesar de suscitar gran controversia, ha demostrado ser precisa y eficaz.

Empero, las cuotas electorales no son un fin en sí mismo, sino que son un medio para la consecución de la igualdad real y efectiva en todos los procesos de toma de decisiones políticas. Junto con las cuotas deben aplicarse otra serie de medidas transversales de género, a fin de que los partidos políticos sean más inclusivos, tales como: modificación de las horas de reuniones para ayudar a la mujer a conciliar la vida política con las responsabilidades familiares, creación de programas específicos de capacitación, sistema de tutoría para los nuevos miembros sin experiencia, apoyo para organizaciones de mujeres, recomendaciones y objetivos a fin de mejorar el problema de la sub-representación femenina en la política.

Además, debe establecerse, legalmente, un sistema de sanciones por incumplimiento: económicas (como es el caso de Honduras), o la invalidez de la lista de candidatos por parte de las autoridades electorales (por ejemplo, Argentina, Costa Rica y México). Las reservas electorales de género vinculantes son necesarias para lograr un avance en la incorporación de la mujer en la toma de decisiones, puesto que, está claro que sin la existencia de dichas las mujeres no llegarían a ciertos puestos de poder, incluso estando mejor cualificadas que sus compañeros varones. El problema no radica en la falta de cualificación femenina, sino en las mentalidades derivadas de una sociedad patriarcal que concibe a la mujer como incapaz de ejercer un cargo de representación política.

Las acciones dirigidas a remover las condiciones sociales y culturales del patriarcado que determinan la marginación de la mujer, también son necesarias. Estas son las denominadas medidas “estructurales” relaciona-

das con el empleo y con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar, que tendrán como consecuencia positiva (siempre que se adopten de manera correcta y no que tengan como destinatarias exclusivamente a las mujeres) una mayor participación femenina de todos los estratos sociales en la vida social y política<sup>43</sup>.

Las referidas políticas de conciliación son importantes porque mientras que las mujeres sigan condicionadas por su papel de madres, y unido a dicha condición su rol de cuidadoras, difícilmente van a poder ser tomadas en cuenta para incorporarse a los centros de la toma de decisiones (económicas, sociales, políticas, etc.) en igualdad de condiciones que el varón. Ahora bien, estas medidas deben estructurarse con miras a incluir a la mujer al espacio público pero también al hombre verdaderamente en el ámbito privado, puesto que, en caso contrario, estarían reafirmando el estereotipo de que el cuidado de los hijos corresponde en exclusiva a las madres.

En relación con este tema, el caso de Venezuela es realmente preocupante. En el año 2012, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se amplió la baja por maternidad de doce a veinte semanas, mientras que el permiso por paternidad se mantuvo en catorce días continuos. En nuestra opinión y, a pesar de que el Estado consideró la adopción de esta norma un logro en pro de la igualdad, este cambio representa un gran fracaso, en la medida en que, una vez más, se refuerza el estereotipo de que las mujeres se encargan del trabajo reproductivo y los hombres del productivo.

Esta situación pone de manifiesto que, lamentablemente, los organismos responsables de hacer efectivo el mandato constitucional de igualdad y dar respuesta a las constantes demandas de las mujeres por la equidad en la participación de todos los ámbitos de la sociedad, están bastante al margen de las nuevas ideas que han enriquecido la concepción del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, pese a los claros indicios que el artículo 21 contiene acerca de la necesidad de revisar los criterios con los cuales el Tribunal Supremo de Justicia, hace aplicación del mismo.

---

43 Para un mayor análisis de este tipo de medidas, véase.: SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *Cartografías de la igualdad: ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirat lo Blanch, Valencia, 2010, p. 100 y ss.

Hasta tanto esta realidad no cambie, Venezuela seguirá en un claro retroceso en comparación con los países de su entorno, que han tenido un importante avance en la representación política de las mujeres. El reto es también para la sociedad en su conjunto, de manera que el respeto y el derecho de igualdad y no discriminación sean parte de la vida diaria de todos los seres humanos y no una aspiración inalcanzable.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003
- ARCHENTI, Nélica, “La paridad política en América Latina y el Caribe. Percepciones y opiniones de los líderes de la región”, Serie mujer y desarrollo, núm. 108, *CEPAL*, 2011, disponible en: [http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/45262/Serie\\_108\\_Nelida\\_Archenti.pdf](http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/45262/Serie_108_Nelida_Archenti.pdf)
- ARCHENTI, Nélica; TULA, María Inés, “¿Las mujeres al poder?. Cuotas y paridad de género en América Latina”, disponible en: [http://americo.usal.es/iberoame/sites/default/files/tula\\_PAPERseminario9\\_2012-2013.pdf](http://americo.usal.es/iberoame/sites/default/files/tula_PAPERseminario9_2012-2013.pdf)
- ATIENZA, Manuel, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 19, 1996, pp. 111-122
- AA.VV., “Sistemas electorales y representación femenina en América Latina”, Serie mujer y desarrollo, núm. 54, *CEPAL*, 2004, disponible en: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/14798/lcl2077e.pdf>
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de las personas por razón de su origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/48)”, en: *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, (Moliner Tamborero, G., Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, “Acerca de la constitucionalidad de las leyes electorales paritarias”, en: *XXV Aniversario de la Constitución*

- Española. Propuestas de reformas*, (Balanguer Callejón, M.L., Coordinador), CEDMA, Málaga, 2004
- CAIVANO, Joan; MARCUS-DELGADO, Jane, “Las mujeres de América Latina, al alza”, *Política exterior*, núm. 153, 2013, pp. 118-126
- DE SIERVO, Ugo, “La mano pesante della Corte sulle “quote” nelle liste elettorali”, *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 5, 1995
- GARCÍA PRINCE, Evangelina, *La participación política de las mujeres en Venezuela: situación actual y estrategias para su ampliación*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS), Caracas, 2012
- GIMENEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirat lo Blanch, Valencia, 1999
- GONZÁLEZ MARTIN, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en: *Derecho a la no discriminación*, (De la Torre Martínez, C., Coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2006, pp. 307-367
- GUDE FERNÁNDEZ, Ana, “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 5, 2001, pp. 145-175
- HUGGINS CASTAÑEDA, Magally, “Venezuela: veinte años de ciudadanía en femenino”, Ponencia, Foro de Venezuela: Visión Plural, Proyecto de investigación: *Redefinición de la democracia y la ciudadanía en Venezuela: nuevas relaciones entre Estado y sociedad civil*, disponible en [webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/magally\\_huggins/ciudadania.doc](http://webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/magally_huggins/ciudadania.doc)
- IGLESIAS VILA, Marisa, “La acción positiva en forma de cuotas electorales rígidas: algunas reflexiones en torno a los casos Coahuila y Veracruz”, en *Tópicos electorales un diálogo judicial entre América y Europa*, (Ríps Vega, L., Editor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011
- MACÍAS LOVERA, Karla María, “Las cuotas de género en Latinoamérica: una apuesta común”, en: *Tópicos electorales. Un diálogo judicial*

- entre América y Europa*, (Ríps Vega, L., Editor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011
- MADRIZ SOTILLO, Jhannett, “Visibilización de la mujer en la República Bolivariana de Venezuela”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 13, 2012, pp. 318-335
- REVERÓN, Zaida, “Participación y representación de la mujer en instancias de gobiernos y cuerpos deliberantes en Venezuela”, *Revista Politeia*, núm. 28, 2002, pp. 7-34
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, p. 167-181
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “El modelo europeo de lucha contra la discriminación”, en: *Pluralidad de ciudadanía, nuevos derechos y participación democrática*, (Matía Portilla, F., Coordinador), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011
- ROSA JAIMES, Verónica de la, “Una aproximación a la noción de igualdad sustancial”, *Derechos Humanos México. Revista Nacional del Centro de Derechos Humanos*, núm. 3, 2006, pp. 33-51
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en: *El concepto de igualdad*, (Valcárcel, A., Compilador), Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1994.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “En defensa de las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres”, *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 20, 2007, pp. 60-68
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Igualdad, libertad y unidad política: a propósito de las cuotas electorales en México”, en *Tópicos electorales un diálogo judicial entre América y Europa*, (Ríps Vega, L., Editor), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pp. 39-86

- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 1, 1999, pp. 48-53
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *Cartografías de la igualdad: ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirat lo Blanch, Valencia, 2010
- TUSSMAN, Joseph; tenBROEK, Jacobus, “The Equal Protection of de Laws”, *California Law Review*, núm. 3, 1949, pp. 341-381
- VELASCO ARROYO, Juan, “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, *Revista de Filosofía*, núm. 41, 2007, pp. 141-156.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis, “Igualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huellas de una tarea inacabada”, *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12, 2005, pp. 151-194

# Las Pruebas en el Recurso de Apelación Una Propuesta sobre el Derecho a la Prueba

Bernardo Pissani

## RESUMEN

El derecho a la prueba, incardinado dentro del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cobra relevancia ante la ausencia de regulación normativa en fase de apelación. A partir de allí, se hace necesario revisar aspectos relacionados con el derecho a la prueba, y la interpretación amplia y garantista que debe otorgársele, para a partir de allí, concebir criterios racionales sobre la apertura probatoria en Segunda Instancia, de tal manera que se permita tanto a las partes como al Juez utilizar todos los medios a su alcance para la búsqueda de la verdad dentro del proceso. Si bien es cierto que la verdad es un concepto metajurídico, el Juez debe encontrarse en condiciones, aunque sea como una posibilidad, para alcanzar el conocimiento de la forma más cercana a la manera en que ocurrieron. Por tanto, en la presente investigación se aportan criterios de interpretación de las normas sobre prueba y del recurso de apelación, que permitan al Juez de la Segunda Instancia una mayor proactividad procesal, y se pueda cumplir de esa forma el mandato constitucional sobre la búsqueda de la verdad en el proceso, y pueda dictar una decisión apegada a la Justicia (como fin último del proceso)

## PALABRAS CLAVES

Tutela Judicial Efectiva, Debido Proceso, Recurso de Apelación, Prueba.

## ABSTRACT

The right to prove, embedded within the constitutional right to effective judicial protection becomes relevant in the absence of statutory regulation on appeal. From there, it becomes necessary to revise aspects of the right to prove, and that safeguards broad interpretation to be accorded, from there to conceive rational criteria on probation opening reviewing instance, so that enable both the parties and the judge to use all ways at its disposal to search for truth in the procedure. While it is true that truth is a metajuridical concept, the court must be in a position, even as a possibility, to attain knowledge of the nearest way facts occurred. Therefore, in this investigation criteria for interpreting the rules of evidence and the appeal, enabling the courts of reviewing instance trial greater proactivity are provided, and thus to fulfill the constitutional mandate on search the truth in the process, and can issue a decision attached to Justice.

## KEYWORDS

Effective Judicial Right, Due of Process; Appeal, Proof.

## SUMARIO

1. Introducción. 2. La Tutela Judicial Efectiva como Derecho Procesal Constitucional. El Derecho al Recurso y el Derecho a la Prueba; (i) el derecho de acción, o acceso a los tribunales; (ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho, congruente y el derecho constitucional a la prueba; (iii) derecho al recurso; (iv) derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. 3. El Recurso de Apelación como Garantía de la Doble Instancia. 4. Naturaleza Jurídica del Derecho al Doble Grado de jurisdicción ¿Instancia revisiva o renovadora?. 5. Las Pruebas en Segunda Instancia. Las limitaciones legales a la prueba y su apertura. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Un derecho fundamental tan sensible en el curso del proceso, como lo es el derecho a la prueba, se combina esta vez con el derecho al recurso, que por demás también es un derecho fundamental. Me ha motivado a realizar esta investigación y escribir estas breves líneas la pasividad que siempre ha caracterizado la doctrina y la jurisprudencia, tanto venezolana como foránea sobre el derecho a la prueba en el contexto de los recursos de apelación.

Es una situación que se ha mantenido incólume tanto en el derecho foráneo, así como en el derecho procesal venezolano. Se nos ha obligado a repetir que, en el procedimiento civil, y sin mayor análisis que de la lectura literal del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, la prueba en segunda instancia se encuentra limitada a tres medios probatorios (el documento público, el juramento y las posiciones juradas). Esta corriente legislativa se ha extendido, pero de manera más restrictiva, a otros ámbitos del derecho procesal, como lo es el contencioso administrativo, en el que actualmente sólo se admite la prueba documental. Asimismo, en el proceso ordinario en materia de niños y adolescentes, así como en el procedimiento ordinario agrario, se restringen los medios probatorios en la segunda instancia a los instrumentos públicos y a las posiciones juradas. Por último, nada que decir sobre la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que omiten cualquier referencia a las pruebas en el recurso de apelación. Inclusive en esta última, la Exposición de Motivos de la ley, de manera sorprendente, elimina expresamente cualquier posibilidad de pruebas en segunda

instancia, cuestión que no ha parado a la jurisprudencia para permitir la promoción de pruebas en segunda instancia, aplicando supletoriamente, en la medida de lo posible, la disposición contenida en el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil.

Con respecto al Derecho extranjero, también hemos querido utilizar un patrón de comparación que nos permita ubicar el nivel de nuestra legislación y jurisprudencia, en cuanto al tema en estudio. Así, podemos observar que la legislación extranjera es muy variante en cuanto a admitir un criterio amplio o restringido de la prueba en segunda instancia, todo ello atendiendo a la tesis revisiva, y no renovadora del procedimiento de apelación.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, el Código de Procedimiento Civil de Colombia, el Código Federal de Procedimientos Civiles de México y el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil de Perú, establecen una amplitud probatoria en la segunda instancia, permitiendo a las partes, de acuerdo a las reglas propias para cada ordenamiento jurídico, producir las pruebas que tiendan a demostrar los hechos sobrevenidos, surgidos luego de la preclusión del lapso probatorio sustanciado ante el Tribunal de primer grado de jurisdicción.

Por su parte, los códigos adjetivos civiles de Honduras, Argentina, Uruguay, Chile, e incluso el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica tienen un criterio restrictivo, y sólo permiten la evacuación limitada de medios probatorios, señalando en algunos casos que la prueba sólo podría promoverse cuando la parte, por una causa extraña no imputable, no haya podido evacuar la prueba en la primera instancia.

Al momento de buscar las razones por las cuales se establece la limitación de los medios probatorios en el Tribunal de Alzada, podrán encontrarse diversidad de criterios, desde la intención de no premiar al litigante negligente, como la de que se trata de pruebas con valoración tasada, lo cual sustrae tanto a las partes como al juez el grado de convicción que ellas pueden arrojar, pues en definitiva al ser producidas válidamente, producen convicción. Independientemente de tales razones, que no resisten de manera coherente un análisis profundo, creemos que, a la luz del Derecho Procesal actual, debe haber una reinterpretación de las normas que regulan el recurso de apelación, y muy especialmente, del derecho a la prueba dentro de tal recurso.

La reinterpretación que propongo viene dada, más que motivado a la adaptación del Derecho Procesal a los nuevos tiempos, por la constitucionalización de los derechos procesales, incluso al rango de derechos fundamentales, que conducen a una interpretación amplia y garantista de los mismos. Es menester considerar, como base del razonamiento contenido en el presente trabajo, que la constitucionalización de los derechos procesales constituye una camisa de fuerza tanto para el legislador como para el intérprete (que éste bien puede ser la doctrina y los órganos jurisdiccionales).

Para el legislador, la constitucionalización de derechos procesales supone una limitación en cuanto a la regulación del derecho procesal y sus contornos, lo que le impide establecer interpretaciones restrictivas o excluyentes que atenten contra el núcleo del derecho. Inclusive, una constitucionalización del derecho procesal es una herramienta a ser utilizada por el intérprete para obtener una aplicación amplia de dicho derecho, todo ello en la medida que tal interpretación y aplicación no vulnere el ejercicio de otro derecho fundamental.

Para el intérprete, lo obliga, amén de la regulación legal, a concebir y aplicar el derecho en cuestión de la manera más amplia, sin dejar de proteger otros derechos fundamentales, pero siempre teniendo por norte la mayor protección del justiciable.

Así llegamos a la tutela judicial efectiva, lo cual constituye una consagración extraordinaria de la Constitución venezolana, al igual que la española, que debe permitir una reinterpretación, llevada hacia la amplitud, de las instituciones que lo integran (la acción, la sentencia, la ejecución y los recursos). Evidentemente que la regulación constitucional de la tutela judicial efectiva es genérica; sin embargo, tratándose de un derecho fundamental, no resulta necesario que se encuentre exhaustivamente desarrollado, basta con el reconocimiento de ser un derecho fundamental para establecer su contenido ampliado.

Desde el punto de vista del derecho al recurso, la Sala Constitucional ha tenido vacilaciones con respecto a su consagración dentro de la tutela judicial efectiva, siendo que inicialmente lo concibió como un derecho incluido dentro del debido proceso constitucional, con sustento en tratados internacionales, sin limitarlo, como lo hace el artículo 49 constitucional, a los procesos penales; en otras palabras, la Sala Constitucional pretendió

en un primer momento extender el derecho al recurso para todos los procesos, aduciendo ser un derecho fundamental inherente a la persona, y regulado en los tratados internacionales sobre derechos humanos (p.e. Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), luego de ello, y marcando una restricción del derecho al recurso, la jurisprudencia constitucional comenzó a excluir el recurso de apelación en aquellos casos en que la Ley expresamente lo prohíbe. Sobre ello, tendremos ocasión de analizar en el presente estudio.

Ahora, entrando al tema probatorio, observo que, si bien es cierto que el derecho al recurso puede verse enclavado dentro de la tutela judicial efectiva, y así lo ha reconocido una parte de la jurisprudencia (salvo, en la mayor parte de los casos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), también entra en este derecho constitucional el derecho a la prueba. Ese derecho a la prueba se evidencia dentro del derecho a la sentencia, justa, razonada, motivada, congruente, conforme a derecho. Dentro de la sentencia congruente, encontramos la necesidad de que la sentencia sea proferida conforme a los alegatos y las pruebas de las partes. Es en este estadio del análisis, se observa con total claridad que la prueba constituye un derecho fundamental constitucional, dentro de la tutela judicial efectiva, y que, al igual que el derecho al recurso, le son aplicables todos los principios y técnicas de hermenéutica propios de los derechos constitucionales.

Una vez que considerado tanto el derecho al recurso y a la prueba, como un derecho procesal constitucional, debemos conjugar ambos derechos constitucionales a fin de proponer un redireccionamiento de la tendencia tradicional de la prueba en segunda instancia, que hasta la fecha se ha visto limitada, en algunas leyes, a un máximo de tres medios probatorios, sin una profundización de la razón por la cual se puede limitar la prueba en segunda instancia, y el motivo por el cual sólo se admiten tres medios probatorios.

Algunos autores han destinado algunas líneas para justificar sólo tres medios probatorios en la alzada; otros, por su parte, sólo se limitan a fundamentar su criterio sobre la base de una interpretación literal de la norma en comentarios; sin embargo, hasta la actualidad, nadie se ha cuestionado o bien planteado una interpretación amplia con respecto a la norma que permite la prueba en la instancia de alzada.

Pues bien, en el presente estudio me propongo analizar brevemente los temas relacionados con el derecho al recurso y a la prueba, para cristalizar las bases y fundamentos del posterior análisis sobre la interpretación amplia del derecho a la prueba en segunda instancia.

Esperamos que esta investigación constituya un aporte para la ciencia procesal, y coadyuve en la profundización de temas tan álgidos como el derecho procesal constitucional, y su incidencia para el favorecimiento de una interpretación amplia del conjunto de instituciones que giran alrededor del derecho. Adicionalmente, debo precisar que esta investigación, debe analizarse utilizando las premisas previas que se explican a continuación de forma breve, todo ello para evitar desviar la atención en el tema que constituye su núcleo.

## **2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. EL DERECHO AL RECURSO Y EL DERECHO A LA PRUEBA**

Uno de los grandes logros del Derecho Procesal en Venezuela lo fue la ampliación de la consagración en la Constitución Nacional de derechos procesales. En efecto, son tres las normas constitucionales aplicables directamente al proceso, que para el presente estudio son relevantes, y que contemplan en rasgos generales los siguientes derechos: (i) la tutela judicial efectiva; y (ii) el debido proceso constitucional.

No está demás recordar que la elevación a rango constitucional de un derecho supone una limitación al legislador en cuanto a su regulación, y una orden para el intérprete que tal derecho debe ser interpretado y aplicado en su forma más amplia, de manera elástica, conforme a valores, siempre que tal elasticidad no suponga una vulneración de otro derecho constitucional, el cual también tendrá la misma amplitud y elasticidad interpretativa.

Aunado a lo anterior, la elevación a rango constitucional de un determinado derecho pone en funcionamiento las garantías constitucionales para su protección; así tenemos que la violación directa de un derecho constitucional permitiría su protección por vía de la acción de amparo constitucional, lo cual, mediante una estructura constitucional y un procedimiento expedito, se podría lograr el restablecimiento inmediato de la situación constitucional infringida.

La calificación “fundamental” de un derecho es de particular importancia, pues, en aplicación de las modernas tendencias garantistas, de la cual el jurista italiano Luigi FERRAJOLI es su máximo exponente, proyecta prestaciones positivas y negativas para el Estado, dependiendo si se está en presencia de derechos de prestación o derechos libertad. En cuanto a los derechos fundamentales prestacionales, genera un deber del Estado de fomentar su protección, mediante actuaciones positivas que tiendan a ampliar su espectro tuitivo, estableciendo herramientas para restringir cualquier intento por parte del mismo Estado o de los particulares, de vulnerar su aplicación. Con respecto a los derechos fundamentales de libertad o de prestaciones negativas son aplicables a los derechos de libertad, y suponen una orden para el Estado de abstenerse de realizar acciones que tiendan a la restricción del derecho.<sup>1</sup>

Cada uno de los anteriores derechos procesales constitucionales tienen un contenido específico, y algunos autores los han calificado como de contenido complejo. En todo caso, no debemos olvidar que la interpretación de tales derechos procesales constitucionales debe ser inspirada por los valores constitucionales. Así, tenemos que entre los valores constitucionales tenemos aquellos plasmados en el artículo 2, el cual estatuye:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Por tanto, la interpretación de las normas constitucionales deberá estar enmarcada en los valores de la protección a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la preeminencia de los derechos humanos. En el contexto de los derechos constitucionales procesales encontramos, en cuanto a la tutela judicial efectiva:

---

1 Luigi FERRAJOLI: Derechos y Garantías, La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid, 2004. pp.23-24. En la misma obra, p. 37, FERRAJOLI define a los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar ...”

Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

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

Desde el un punto de vista literal, el artículo 26 constitucional parece incluir el derecho de acción, el derecho a la ejecución y el derecho a una sentencia. De manera pura y simple, y aplicando una interpretación restrictiva, sólo podrían encontrarse tres derechos procesales. El Máximo Tribunal de la República, en Sala Constitucional, ha considerado tal contenido, en sentencia No. 708, del 10 de mayo de 2001, caso Juan Adolfo Guevara y otros, conforme a lo siguiente:

Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 eiusdem, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita,

sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 *eiusdem*), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

Sin embargo, las corrientes constitucionalistas y procesalistas más avanzadas nos dan cuenta de que la tutela judicial efectiva tiene la característica de derecho fundamental, y que, además, tiene un contenido complejo que contempla, de manera muy resumida: (i) el derecho de acción, o de acceso a los tribunales; (ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho congruente; (iii) el derecho al recurso; (iv) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.<sup>2</sup> Algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia han considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un cuádruple contenido, en los siguientes términos:

Ahora bien, las facultades recursivas que le asisten a la víctima, devienen inequívocamente del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que tiene como contenido básico el derecho a acceder los tribunales sin discriminación alguna, el derecho a incoar e intervenir en un proceso, el derecho a obtener una sentencia motivada, el derecho a la utilización de los recursos y sobre todo el derecho a que la sentencia se ejecute, de lo que se concluye, bajo estas premisas, que el ejercicio y la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva persigue evitar impunidad y reparar el daño ocasionado a la víctima”.

(Sentencia No. C05, del 09 de mayo de 2006, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, caso Godofrido Luque Lara)

En sintonía con lo referido con la importancia de la consagración constitucional de la tutela judicial efectiva, ORTELLS RAMOS sostiene que tal derecho, aunque de rango constitucional, su configuración le-

---

2 Para un mayor análisis del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, lo cual excede del ámbito del presente estudio, consúltese Joan PICO I JUNOY: *Las garantías Constitucionales del Proceso*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1997; Humberto E. T. BELLO TABARES y Dorgi D JIMENEZ RAMOS: *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

gal no puede ser establecida, ni puede ser interpretada en contra de la Constitución.<sup>3</sup>

A continuación, analizaré brevemente las notas características de cada uno de los elementos que integra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

(i) el derecho de acción, o acceso a los tribunales

En efecto, en cuanto al derecho de acción, y muy concretamente el derecho de acceso a los tribunales, comporta el derecho a la apertura del proceso, la prohibición legal de obstáculos excesivos o irrazonables de acceso al proceso, la aplicación del favor actionis o pro actionis, el derecho a la justicia gratuita, el derecho a una citación con las debidas garantías y formalidades que envuelve tal acto esencial, y la exigencia de postulación o necesidad de asistencia jurídica para la actuación de las partes en el proceso. No realizaremos un análisis profundizado sobre este derecho, debido a que ello excede los límites del presente estudio.<sup>4</sup>

(ii) el derecho a una sentencia fundada en derecho, congruente y el derecho constitucional a la prueba

El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, supone la necesidad de una decisión motivada conforme a las normas de derecho (*secundum legem*), congruente y no errónea. Es en este estadio que puede encontrarse la constitucionalización del derecho a la prueba, y en el que nos detendremos brevemente para su fundamentación, por la importancia que tiene para nuestro posterior análisis.

La constitucionalización del derecho a la prueba queda evidenciada desde que la Constitución Nacional exige una decisión judicial, conforme a derecho, congruente. La congruencia supone una necesaria relación entre la pretensión propuesta por el demandante y las excepciones y defensas opuestas por el demandado, y su vinculación con las pruebas promovidas

---

3 Manuel ORTELLS RAMOS: “La Acción como Derecho a la Actividad Jurisdiccional, El Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva”, en *Derecho Procesal. Introducción*. Edisofer Libros Jurídicos. Madrid, 2006.

4 En todo caso, puede consultarse, entre otros, Rafael ORTIZ ORTIZ: *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*. Editorial Frónesis. Caracas, 2004; Manuel SERRA DOMINGUEZ: *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2008.

y evacuadas en juicio, sin poder extraer elementos de convicción fuera de los autos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil). De esta forma, el derecho a la prueba se eleva a rango constitucional, con las consecuencias que ello apareja (entre otras, una interpretación amplia de su norma, la imposibilidad legal de su restricción, etc.).

Sobre este particular, si bien el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado el derecho a la prueba como un derecho constitucional, no ha tenido un criterio uniforme sobre el derecho constitucional que lo contempla, pues en algunos casos lo ha considerado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, y en otros casos lo ha incluido en el derecho a la defensa.

En efecto, en sentencia No. 28, del 14 de abril de 2008, dictada por la Sala de Casación Civil, caso Plásticos Químicos de Venezuela, PLA-QUIVEN contra Seguros Banvalor, se pronunció en torno al derecho a la prueba como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

(...) De conformidad a las jurisprudencias antes citadas, puede destacarse que el derecho a la prueba se ve vulnerado cuando el Juzgador impide de alguna manera que la prueba legal y pertinente se incorpore al proceso o cuando siendo admitida y se ordene su evacuación, no se esperen los resultados de las mismas, a los fines de producirse una decisión final, conforme a lo alegado y probado por las partes, con lo cual se estaría produciendo una indefensión. Y en sintonía con lo anteriormente motivado, de conformidad con lo pautado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda persona tiene el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, lo cual no se puede lograr sino por medio de la oportuna y necesaria prueba de los hechos litigiosos; así pues la prueba forma parte del derecho a esa tutela como derecho a probar en el proceso las afirmaciones de hecho realizadas por las partes al fundamentar su pretensión ...

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 325, del 26 de febrero de 2002, caso Corpoven, filial de Pdvsa contra Abengoa Venezuela, consideró que el derecho

a la prueba se encuentra comprendido en el derecho constitucional a la defensa<sup>5</sup>, conforme a la siguiente argumentación:

... el derecho a la prueba en el proceso, forma parte del derecho a la defensa consagrado en nuestro Texto Constitucional. En efecto, el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa lo siguiente: (...) La necesidad de la prueba en el procedimiento, responde a esta fundamental garantía del derecho a la defensa. Esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba.” (Subrayado nuestro).

La anterior sentencia es producto de la interpretación del artículo 49.1 constitucional, el cual establece:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley (...).

Ahora bien, independientemente del fundamento constitucional en el que se encuentre el derecho a la prueba<sup>6</sup>, resulta de vital importancia para el presente estudio considerar su elevación a rango constitucional, puesto que ello supone una interpretación amplia de su contenido, y

---

5 También se pronuncia en ese sentido Joan JUNO I PICOY: El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1996, p.35.

6 Aclaro que la norma constitucional en el que se encuentre incluido el derecho a la prueba resulta esencial para la fundamentación y defensa del derecho a la prueba; no obstante, para el presente estudio únicamente importa considerar que tal derecho comporta un derecho constitucional, pues a partir de allí se generan importantes consecuencias.

además impone al legislador una regulación amplísima, según ya lo ha reconocido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin perjuicio de la consagración constitucional del derecho a la prueba<sup>7</sup>, es menester advertir que tal derecho implica (i) el derecho a que se admita toda aquella prueba que sea propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los requisitos legales de proposición; (ii) que el medio probatorio admitido sea practicado, o evacuado; (iii) que el medio probatorio admitido y practicado, sea valorado por el órgano jurisdiccional, en la sentencia que se dicte al efecto.<sup>8</sup> La amplitud en cuanto a la interpretación del derecho constitucional a la prueba supone que la valoración de la prueba por parte del órgano jurisdiccional sea íntegra, plena, que luego de la interpretación de la prueba realizada, no le quede margen de duda sobre la verdad o falsedad (en ambos casos, procesal) de la afirmación a probar<sup>9</sup>.

Siguiendo a Jordi NIEVA FENOLL, la valoración de la prueba debe ser concebida como “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”, siendo que en tal percepción queda incluida, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción.<sup>10</sup>

En todo caso, nos importa destacar que el derecho a la prueba, en el estadio de la valoración de la misma, supone que el juez debe quedar convencido de la verdad o la falsedad de las afirmaciones de las partes; ante la duda, el Juez tiene mecanismos procesales idóneos que le otorga

7 Joan JUNO I PICOY: ob. cit., pp. 18-19, considera que “El derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.

8 Joan JUNO I PICOY: ob. cit., p 21.

9 Sobre la verdad, verosimilitud y probabilidad de la afirmación a probar, así como el grado de convicción del juez en la valoración de la prueba, puede consultarse Michelle TARUFFO: *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta. Madrid, 2002, p. 167; Marina GASCON ABELLAN: *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1999, p. 64; Piero CALAMANDREI: “Verdad y Verosimilitud en el Proceso Civil”, en *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Librería El Foro. Buenos Aires, 1996, p. 317; Jordi NIEVA FENOLL: *La Valoración de la Prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 78.

10 Jordi NIEVA FENOLL: *La Valoración de la Prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 34

la Ley para aclarar la duda. Así tenemos que, en el ámbito de las actuaciones oficiosas, el Juez podrá probar o aclarar, siempre bajo la premisa de que, en ningún caso podrá suplir la carga objetiva<sup>11</sup> de la prueba que corresponde a las partes.

Es menester tener en consideración que, en caso de que alguna de las partes, aun siendo lo más diligentes posible, no hayan logrado acreditar sus afirmaciones con los medios de a su disposición, el Juez podrá o bien probar (atendiendo a los medios dispuestos en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil, para las diligencias probatorias oficiosas), o bien aclarar (de acuerdo al artículo 514 eiusdem, por medio de diligencias aclaratorias). De acuerdo a lo sostenido por Joan PICO I JUNOY, el derecho a la prueba, puede, en ocasiones alcanzar las denominadas diligencias para mejor proveer<sup>12</sup>; ahora bien, ese derecho a la prueba por diligencias del Juez para mejor proveer no supone el derecho inmediato de las partes de pedir y el Juez así acordarlo, la práctica de tales diligencias probatorias o aclaratorias. Considero que no es un derecho “inmediato” porque existe un margen de análisis del Juez para ponderar si resulta necesaria la diligencia probatoria o aclaratoria, a lo discrecional s efectos de la decisión. Es que, siempre en materia de pruebas, el Juez debe tener un amplio margen de análisis sobre la necesidad de la prueba, y el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la misma.

En cuanto a los requisitos intrínsecos, hacen referencia a los presupuestos o condiciones que debe cumplir la prueba, en atención a la causa analizada por el Juez, y son: (i) la pertinencia, y (ii) la legalidad; por su parte, los requisitos extrínsecos se refieren al cumplimiento de las formalidades legales para la promoción y evacuación de la prueba propuesta.

Sobre tales requisitos, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 539, del 17 de septiembre de 2003, caso Eder Jesús Solarte Molina contra Metro de Caracas, estableció el siguiente criterio:

---

11 Sobre la carga de la prueba objetiva, y sus consecuencias procesales, puede consultarse Gian Antonio MICHELLI: *La Carga de la Prueba*. Editorial Temis. Bogotá, 1989, p. 96.

12 Joan JUNO I PICOY: *ob. cit.*, p 23.

...Los medios probatorios están sujetos a condiciones intrínsecas que inciden directamente en su admisión y que están previstas en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, relativas a su legalidad o pertinencia y además que, también en materia de pruebas rige todo lo expuesto anteriormente en cuanto al modo, lugar y tiempo de los actos procesales. Así vemos como el citado artículo 396 establece que dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deben las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse. Esto nos señala que se debe respetar el principio de preclusión, razón por la cual toda prueba promovida fuera de ese lapso de quince días será extemporánea, excepto que alguna norma especial consagre lo contrario, como sucede con el instrumento fundamental de la pretensión, el cual deberá acompañarse con el libelo o indicar en él, la oficina o lugar donde se encuentre, so pena de que no se le admita después, a menos que sea de fecha posterior al libelo o que siendo anterior, el demandante no tuvo conocimiento de él, tal y como disponen los artículos 340 ordinal 6º y 434 del Código de procedimiento Civil... El artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, ordena a las partes ‘...expresar si convienen en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos’, y por su parte el artículo 398 eiusdem ordena al Juez providenciar ‘...los escritos de pruebas admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes...

Continuando con el análisis de las diligencias oficiosas, los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil establecen tales diligencias oficiosas como una facultad del Tribunal (“podrá), aclarando en todo caso que el límite y parámetros de esa facultad del Juez se encuentran regulados por el artículo 23 eiusdem. En efecto, el mencionado artículo 23 establece: “Artículo 23. Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”

La facultad del juez encuentra su regulación en la norma antes transcrita, de manera que, tal discrecionalidad de las diligencias oficio-

sas no debe ser arbitraria, sino que, el Juez deberá acordar o rechazar las mismas, en la medida que la Justicia del caso así lo imponga, y en la medida que tales diligencias también cumplan los requisitos intrínsecos y extrínsecos. Por tanto, no coincidimos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia cuando determina que:

Asimismo, esta Sala de Casación Civil ha sido constante en sostener "...que los autos para mejor proveer, son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, y sin que pueda considerársele obligado a resolver en forma alguna, cuando una de las partes requiera que sea dictado un auto. En efecto, no tratándose de pruebas que las partes puedan promover, ni de defensas que ellas puedan utilizar, en nada viola los artículos denunciados por el recurrente, el hecho de que el juez omita decidir respecto de una solicitud en ese sentido, de lo contrario, el auto para mejor proveer dejaría de ser privativo y discrecional del juez, para convertirse, en contra de su naturaleza, en un derecho de las partes según su prudente arbitrio...". (Sentencia de fecha 4 de agosto de 1999, caso: Carmen teresa Barreto de Jiménez Loyo c/ Freddy Raúl Jiménez). (...) Hechas estas consideraciones, esta Sala reitera que el auto para mejor proveer es una actuación facultativa que la Ley concede al juez, "...con el único fin de que pueda completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa...

(Sentencia No. 358, dictada en fecha 30 de mayo de 2006 por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso Desarrollos 4000 contra Condominio del Conjunto Residencial El Paraíso).

Contrario a lo referido por la anterior decisión, consideramos que, tratándose que las facultades oficiosas aclaratorias y oficiosas se encuentran dentro del derecho a la prueba, y éste a su vez encuentra fundamento en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el Juez, ante la solicitud de cualquiera de las partes, se encontrará obligado a motivar su decisión en la que acuerde o rechace, de oficio o a instancia de parte, la diligencia oficiosa, y en todo caso, el Juez se encontrará obligado a acordar la diligencia oficiosa cuando ello sea conveniente para la búsqueda de la verdad y la Justicia del caso (en aplicación de los artículos 2 y 257 de la Constitución Nacional y el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil). Entiendo que esa fue la intención contenida en la sentencia No. 308, del

12 de abril de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, caso Ricardo Ramón Schiavino Terán contra Anaís Schiavino Terán, en la que estableció que:

La Sala comparte los anteriores criterios doctrinales y considera que el juez sí puede mediante un auto para mejor proveer recolectar pruebas, siempre y cuando su búsqueda se oriente a la obtención de elementos tendientes a llegar a la convicción de lo que ha sido alegado por las partes. (Ver Rodríguez U., José. *Autoridad del Juez y Principio Dispositivo*. Valencia, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Privado y Comparado, 1968). (...) La Sala acoge los criterios doctrinales precedentemente citados y reitera que los autos para mejor proveer son providencias que el sentenciador puede dictar de oficio en ejercicio de las facultades discrecionales que la Ley le otorga, para esclarecer, verificar o ampliar, por sí mismo, determinados puntos, ya constante en los autos, cuando a su juicio ello sea necesario para formarse mejor su convicción y poder decidir con justicia e imparcialidad (Ver Sent. 27 de febrero de 1980, caso: Carmelo Alonso y otro contra Auto Supl. S.A.). En otras palabras, el Juez puede, si lo juzga procedente, dictar un auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar, entre otras medidas, la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que juzgue necesario, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, sin extremar o excederse de los límites que le impone dicha norma ...

En cuanto a las diligencias probatorias y aclaratorias, también con fundamento en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y su consecuente interpretación amplia y garantista, las mismas no deberían encontrarse limitadas a los medios determinados en los artículos que las regulan (para las diligencias probatorias: (i) interrogatorio de parte sin juramento; (ii) documento; (iii) testigo referido o mencionado; y, (iv) experticia; y para las diligencias aclaratorias: (i) interrogatorio de parte; (ii) documento; y, (iii) experticia). En nuestro criterio, el Juez podría acordar tales diligencias probatorias u oficiosas acordando la práctica de cualesquiera de los medios probatorios regulados por la Ley, inclusive los medios de prueba libres, en aras de la Justicia del caso, y en aplicación del supra mencionado criterio garantista que impone la interpretación amplia de los derechos fundamentales constitucionales de naturaleza procesal.

Abundando sobre lo anterior, no encuentro una explicación lógica, salvo la consagración legal, que restrinja los medios probatorios en las

diligencias probatorias y aclaratorias. Podríamos entender que sólo la técnica y arbitrio legislativos imponen la evacuación de los medios probatorios antes mencionados, y así se ha plegado la doctrina y jurisprudencia venezolanas. Pues bien, a la luz de la consagración constitucional de derechos procesales, y muy especialmente del derecho a la prueba, deben reinterpretarse las normas preconstitucionales contenidas en los artículos 401 y 514 del Código de Procedimiento Civil, permitiendo que el Juez pueda acordar la práctica de cualquier medio probatorio, bien sea legal o libre, para la búsqueda de la verdad, siempre que ello no suponga, e insisto en ello, suplir la carga probatoria de las partes.

Más adelante abordaremos este tema de las diligencias probatorias, en el contexto de las pruebas admisibles en el recurso de apelación.

(iii) derecho al recurso

Como anotamos con anterioridad, en el análisis del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Supremo de Justicia no ha demostrado uniformidad en cuanto a la consideración del derecho al recurso como un elemento inherente, pues, se ha calificado al recurso como un derecho exclusivo del debido proceso y de defensa. Aun cuando antes aceptamos que lo importante en este estadio es considerar que el derecho al recurso tiene rango constitucional, no sobra decir que su inclusión en la tutela judicial efectiva, o bien en el debido proceso<sup>13</sup>, podría llevar a soluciones distintas.

En mi criterio, si incluimos al derecho al recurso dentro del debido proceso, debemos atender necesariamente a lo establecido en el artículo 49.1 de la Constitución Nacional, que al efecto establece:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios

---

13 Sobre el derecho al debido proceso, puede consultarse, además de las obras antes referidas de los profesores Joan PICO I JUNOY y Humberto E. T. BELLO TABARES, a Iñaki ESPARZA LEIBAR: *El Principio del Proceso Debido*. J. M. Bosch. Barcelona, España, 1995, p. 164.

adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley (...).

La norma antes transcrita viene a considerar el “derecho a recurrir” en el contexto del proceso penal, pues, de acuerdo a su interpretación literal, una persona declarada culpable, sólo podría concebirse en un proceso que suponga una sanción, cualquiera que ella sea, y nunca haría referencia a una condenatoria en la cual una de las partes queda obligado, por mandato judicial, a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer a favor de otra persona (como es la generalidad en los juicios civiles).

Aunado a lo anterior, dicha norma constitucional debe vincularse directamente con lo establecido tanto en el literal h) del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que dispone:

Artículo 8. Garantías Judiciales.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:  
(...)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El mencionado artículo hace referencia al proceso penal, y creemos que una interpretación literal de dicha norma, no lleva a una conclusión distinta que el derecho al recurso es procedente en el proceso penal, siendo que tal garantía se justifica en la medida que exista posibilidad de privación de la libertad de una persona.

Otra opción válida, para considerar el derecho al recurso la encontramos en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone un derecho al recurso de contenido más amplio, dentro del cual podría incluirse dicha facultad como un derecho fundamental, extensivo a cualquier tipo de proceso, y que se aplica en el ordenamiento jurídico venezolano de forma inmediata, a tenor del artículo 23 de la Constitución. En efecto, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Aunado a lo anterior, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a los recursos, lo siguiente:

“Artículo 2.

(...)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

A la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es factible concluir que en Venezuela, por mandato del artículo 23 Constitucional, es mandatorio el recurso judicial, concebido este como un medio de impugnación contra toda decisión judicial, para corregir la forma o la justicia del mismo.

El derecho al recurso podría encontrarse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 26 constitucional. Este derecho, de contenido amplísimo, en mi criterio, constituye el pilar fundamental del derecho a los recursos judiciales, y dado su espectro de interpretación, dentro del mismo se encuentran los siguientes elementos:

- Supone una interpretación amplia de la norma constitucional y una flexibilidad del legislador en su regulación; esta premisa evidencia la reducida maniobrabilidad del legislador para su limitación, y en todo caso corresponde al intérprete marcar la dirección o camino hacia una consagración amplia de los recursos;
- Tratándose de un derecho de contenido amplio, sus principios<sup>14</sup> básicos son aplicables a todos los recursos, sin que pueda considerarse limitado únicamente al recurso de apelación. Tal premisa supone que el derecho al recurso no implica sólo una garantía de la doble instancia o doble grado de jurisdicción, aunque sea tal recurso de apelación el más frecuente. La vulneración de las normas relativas a cualquier recurso constituye una vulneración de un derecho constitucional, y frente a ello obran las garantías constitucionales procesales.
- Por aplicación del principio dispositivo<sup>15</sup>, es aplicable el también principio de prohibición de reformatio in peius, como una limitación del juzgador, en la labor de revisión del fallo, de empeorar la situación procesal y material del único recurrente, como una manera de no penalizar al recurrente por la interposición del recurso, y evitar así un desestímulo procesal del recurso.

---

14 Para un análisis exhaustivo de los principios, puede consultarse Margarita BELADIEZ ROJO: *Los Principios Jurídicos*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 2010; Jorge W. PEYRANO: *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1978.

15 Cuyo fundamento constitucional puede encontrarse en el derecho de propiedad. Si bien es cierto que la doctrina no ha reconocido tal fundamento constitucional, es factible llevar a tal conclusión desde que las partes tienen la posibilidad de disponer del proceso; para el demandante mediante su decisión de interponer o no la demanda para la defensa de su derecho; para el demandado, por su voluntad de resistir el derecho reclamado, o bien allanarse al mismo; e inclusive en el curso de proceso, las partes pueden poner fin al mismo mediante el uso de los medios de autocomposición procesal. Para un análisis del principio dispositivo, puede consultarse José Luis BLANCO GOMEZ: *Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio*. Ediciones Jurídicas Ibañez. Bogotá, 1994, p. 44, en el que afirma que "... durante el curso del proceso las partes pueden desistir de las pretensiones, transigir la litis o el demandado allanarse al libelo del demandante, evento estos que caen bajo el dominio de la disposición del derecho, con directas repercusiones en el proceso"

Más adelante analizaré el criterio del Tribunal Supremo de Justicia con respecto al recurso judicial, y su inmediata vinculación con la doble instancia o doble grado de jurisdicción.

(iv) derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

El derecho con la efectiva de las resoluciones judiciales, como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, no tiene influencia decisiva en las conclusiones de este estudio, razón por la cual mencionaremos someramente su contenido. Así tenemos que el mismo comporta:

- la inmodificabilidad del fallo, aplicándose así la eficacia de la cosa juzgada<sup>16</sup>, lo cual no es un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar la efectividad de la tutela judicial, pues la protección judicial carecería de eficacia si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme.
- la posibilidad de practicar medidas cautelares o preventivas, del más amplio contenido, para garantizar la efectividad y ejecución de la sentencia definitivamente firme, y no quede ilusoria la ejecución del fallo. La posibilidad de practicar medidas cautelares involucra el cumplimiento de los requisitos: (i) *fumus boni iuris*, o presunción de buen derecho; (ii) *periculum in mora*, o peligro en la demora por la sustanciación del procedimiento y su correlativo transcurso del tiempo; (iii) *periculum in damni*, o peligro de daño, que resulta aplicable a las medidas cautelares atípicas.<sup>17</sup>
- la práctica o materialización del fallo, con límites de razonabilidad y proporcionalidad, pero que comporte, en todo caso, la efectiva ejecución voluntaria, y en su defecto, forzosa de la sentencia.

---

16 Sobre la cosa juzgada, puede consultarse un estudio completo de Jordi NIEVA FENOLL: *La Cosa Juzgada*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006; Andrés DE LA OLIVA SANTOS: *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Civitas. Navarra, 2005.

17 Para una revisión de las principales características de las medidas cautelares, tenemos, Francisco RAMOS ROMEU: *Las Medidas Cautelares Civiles, Análisis Jurídico-Económico*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006.

### 3. EL RECURSO DE APELACIÓN COMO GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

En relación con el Capítulo I, sobre el derecho al recurso como derecho de rango constitucional imbuído dentro de la tutela judicial efectiva, así como su inmediata consecuencia vinculada con la aplicación de todos sus efectos a todos los recursos, ordinarios, extraordinarios o excepcionales, horizontales o verticales, principales o subsidiarios, suspensivos o no suspensivos positivos o negativos, analizaremos el desarrollo de la jurisprudencia constitucional venezolana con relación únicamente al derecho a la doble instancia o doble grado de jurisdicción.

El análisis de la jurisprudencia sobre el tema antes mencionado resulta de interés particular, porque las conclusiones propuestas en el presente estudio suponen una adaptación coherente de los criterios judiciales a las normas constitucionales.

Así tenemos que, la Sala Constitucional, en sentencia No. 328, del 9 de marzo de 2001, caso Giovanni Selvaggio Spadafino, consideró el derecho a la doble instancia como un derecho de rango constitucional, a la luz de su consagración como derecho humano fundamental, en los siguientes términos:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declaró que los tratados, pactos y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, razón por la cual los mismos, “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (artículo 23).

De tal modo, que nuestro Texto Constitucional, además de referir los principios fundamentales y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, consolida el respeto a los derechos esenciales del hombre, inspirado en el valor de la solidaridad humana, esto es, los derechos humanos, ampliando su régimen de protección al consagrarlos como derechos constitucionales.

En este contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (G.O. No. 31.256 de fecha 14-06-77), en su artículo 8, numerales 1 y 2, establece lo siguiente:

“1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en

la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter... (omissis).

Asimismo, establece dicho artículo en su literal h), el derecho que, en plena igualdad y durante el proceso, tiene toda persona "a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior".

(...)

En este contexto, la Sala precisa, que conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, todo juicio debe ser llevado ante un tribunal de instancia, cuyo fallo pueda contar con una instancia revisora superior (principio de la doble instancia)."

La consagración del derecho a la doble instancia aparece sin limitación alguna, y se dispone que toda norma, bien sea preconstitucional o postconstitucional debe contener la posibilidad de revisión del fallo por un Tribunal de superior jerarquía.

Luego del transcurso de 7 meses, mediante sentencia No. 1897, del 9 de octubre de 2001, caso José Manuel De Sousa, la Sala Constitucional comenzó a restringir su interpretación sobre la doble instancia, y al efecto estableció un criterio, que contrasta con el régimen legal ordinario de admisibilidad del recurso de apelación (previsto en los artículos 288, 289, 290 y 291 del Código de Procedimiento Civil). En efecto, estableció lo siguiente:

(...) tanto la solicitud constitucional como la sentencia dictada en primera instancia constitucional, parten de la idea de que de conformidad con el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil, en aquellos procedimientos breves en los cuales la cuantía sea menor de cinco mil Bolívares, no existe el recurso de apelación. Este argumento es expuesto explícitamente en la pretensión de amparo y tácitamente en la sentencia apelada, cuando, para declarar sin lugar la acción constitucional, examina la cuantía del proceso donde fue dictada la sentencia, como justificación de la revisión realizada en segunda instancia. Pero, en ambos casos, se parte de un error de interpretación, con el cual se desconoce el principio de la doble instancia, por las siguientes razones:

El artículo 891 del Código de Procedimiento Civil indica lo siguiente:

... De la sentencia se oirá apelación en ambos efectos si ésta se propone dentro de los tres días siguientes y la cuantía del asunto fuere mayor de cinco mil bolívares ...".

No se puede inferir del texto del artículo precedentemente transcrito, que se niegue la posibilidad de apelar de las sentencias definitivas dictadas en los juicios cuya cuantía no excede de cinco mil bolívares. Sólo se infiere que para que la apelación pueda escucharse en dos efectos, es necesario que ocurran dos elementos en forma concurrente: que se realice en tiempo hábil y que el asunto tenga una cuantía mayor de cinco mil bolívares. En los procedimientos cuya cuantía sea menor, existe apelación, pero se tramita en un solo efecto, cuando ha sido propuesta dentro del término. Cualquier otra interpretación negaría el principio de la doble instancia, que es, como se indicó precedentemente, un principio constitucionalmente tutelado (...).

Tan sólo un año y medio después de la interpretación garantista que dio la Sala Constitucional al derecho a la doble instancia, esta misma Sala, de manera sorpresiva, restringió en extremo dicho recurso, permitiendo que, a la luz de una norma preconstitucional, el legislador pudiera restringir el derecho al doble grado de jurisdicción. En efecto, en sentencia No. 2667, del 25 de octubre de 2002, caso Eluzai Eduvigis Andarcia Robayo, la Sala Constitucional dispuso:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela declaró que los tratados, pactos y convenios relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, razón por la cual los mismos “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (artículo 23).

De tal modo, que nuestro Texto Constitucional, además de consagrar los principios fundamentales y los valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, consolida el respeto a los derechos fundamentales del hombre, inspirado en el valor de la solidaridad humana, ampliando su régimen de protección al reconocerlos como derechos constitucionales.

En este contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (G.O. No. 31.256 de fecha 14-06-77), en su artículo 8, numeral 2, literal h) establece lo siguiente:

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas... (omissis).

h) derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

Al respecto, la Sala observa que, es de antigua data, en la doctrina patria, la discusión sobre si el principio de la doble instancia, que posee su fundamento en la citada norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, tiene aplicabilidad de manera absoluta en los procedimientos Civiles, Mercantiles, Laborales, Tributarios, etc, toda vez que de la interpretación de la referida norma, se puede concluir, que sólo hace referencia a los procedimientos penales.

(...)

Esta Sala juzga que el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales contemplado en el artículo 26 de la Constitución de la República de Venezuela, debe ser entendido como el derecho a obtener una resolución a través de los procedimientos legalmente establecidos y conforme a las pretensiones formuladas por las partes. Pero el derecho a los recursos y al sistema legal impugnatorio, salvo en el proceso penal, no tiene vinculación constitucional. Por tanto, el legislador es libre de determinar su configuración, los supuestos en que procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización.

No obstante lo anterior, la Sala da cuenta de que en su decisión n° 328/2001 del 9 de marzo, a propósito de un recurso de revisión, se desaplicó por control difuso de la constitucionalidad el artículo 891 del Código de Procedimiento Civil al considerarse vulnerado el principio de la doble instancia, mas tal criterio sólo es válido en forma absoluta en materia penal, pues su fundamento es una norma de rango constitucional (artículo 8, numeral 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) conforme lo dispone el artículo 23 de la Constitución, pero en el caso de autos la regulación legal que impone restricciones a dicho principio hace posible la tutela judicial efectiva en los términos prescritos por ella.

El anterior criterio fue reiterado en las sentencias No. 694, del 9 de julio de 2010, caso Eulalia Pérez González, No. 299, del 17 de marzo de 2011, caso Nancy Hermildes Colmenares Pernía contra Servicios Gerenciales de Occidente, No. 1317, del 3 de agosto de 2011, caso: Mirelia Espinoza Díaz, y recientemente la sentencia No. 429, del 12 de abril de 2012, caso: Ramón Evangelista Escalante Chacón, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las que se estableció una limitación al doble grado de jurisdicción o doble instancia en razón de que no existe una consagración constitucional expresa en el artículo 49.1, obviando cualquier otra interpretación garantista que podría devenir del derecho a la tutela judicial efectiva.

Aún más, en sentencia No. 1196, del 25 de julio de 2011, caso Héctor Selma Contreras contra Belkis Horeyma Orejarena Becerra, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con el ánimo de despejar cualquier duda con relación a la negación del derecho a la doble instancia, realizó un recorrido histórico de los diversos criterios sobre tal aspecto, y en los que reconoció la necesidad de “atemperar” la interpretación del derecho a la doble instancia, a fin de permitir al legislador un amplio margen de regulación del mismo. En efecto, en la sentencia antes mencionada, se concluyó:

(...) Todo lo anterior supone, que si bien esta Sala, en anteriores oportunidades, consideró que el principio de la doble instancia comportaba una garantía constitucionalmente tutelada, tal criterio fue atemperado, en el sentido de que el derecho a recurrir del fallo constituía una garantía constitucional propia del proceso penal, pues así lo dispone el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa “toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley”; así como también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela, según la cual, todo juicio debía ser llevado ante un tribunal de instancia, cuyo fallo pudiera contar con una instancia revisora superior (principio de la doble instancia).

De esta forma, quedó dictaminado que no devienen en inconstitucional, aquellas normas de procedimiento (distintos al ámbito penal) que dispongan que contra la sentencia definitiva, no cabe el recurso de apelación, pues la doble instancia, no constituye una garantía constitucional, como si lo son la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

El derecho a la tutela judicial efectiva (como garantía constitucional) supone la facultad de acceder a la justicia, impartida conforme al artículo 26 del Texto Fundamental (imparcial, gratuita, accesible, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles); por su parte, el derecho al debido proceso que a su vez comprende el derecho a la defensa, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, entre otros, no incluye dentro de sus componentes la doble instancia, pues ésta sólo tiene cabida, si la ley así lo contempla. La circunstancia que determinados juicios se sustentan en una sola instancia, responde en algunos casos, como al que aquí se analiza, a la voluntad del legislador de descongestionar, dentro de lo posible, los tribunales de la República, para lo cual creó determinados

procedimientos que, dependiendo de su cuantía, se sustancian en única instancia. (...).

Este criterio, hasta el momento sin sufrir modificación alguna, comporta una limitación absoluta del derecho al doble grado de jurisdicción, lo cual, en mi opinión, atenta abiertamente contra el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En efecto, como fue analizado en el Capítulo I, el derecho al recurso, y dentro de éste a la doble instancia o doble grado de jurisdicción, tiene un fundamento constitucional claro, lo cual, produce consecuencias jurídicas importantes, que son:

- (i) una interpretación amplia y garantista sobre el recurso, lo cual supone el derecho a recurrir en apelación de los fallos judiciales, para que un Tribunal de superior jerarquía, en su función de revisión, analice la sentencia recurrida, y confirme, modifique o revoque tal decisión. Es importante recordar que la función del Tribunal de Alzada tiene amplios poderes decisorios respecto de la sentencia de inferior jerarquía, que, atendiendo al vicio denunciado (de nulidad o inexistencia), podrá dictar un juicio rescisorio o un juicio rescindente. Esta interpretación amplia ha sido recogida expresamente por normas post constitucionales de carácter civil, las cuales tienden a garantizar, de forma expresa e inequívoca, el derecho al recurso de apelación, independientemente de la cuantía de la demanda.<sup>18</sup>
- (ii) una limitación para el legislador, que le impide establecer restricciones a dicho derecho, por lo cual, como ya vimos, deberá permitir el acceso al recurso de apelación con total independencia del asunto debatido y su cuantía. Evidentemente que la interposición del recurso de apelación supone el cumplimiento de unos requisitos o presupuestos de admisibilidad (objetivos: acto impugnado, plazo y formalidades; y, subjetivos:

---

18 Por ejemplo, la reciente Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Viviendas, en su artículo 123, establece expresamente el derecho que tiene cualquiera de las partes de ejercer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, independientemente de la cuantía del asunto debatido. Esta consagración legal representa una adhesión al criterio constitucional del derecho a la doble instancia o doble grado de jurisdicción. Tal situación también queda evidencia en el artículo 161 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, artículo 488 de la Ley Orgánica de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 451 del Código Orgánico Procesal Penal, artículo 87 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso, artículos 174 y 228 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario

agravio o perjuicio, legitimación), con el fin de establecer un orden en el proceso, pero ello no debe comportar una restricción irrazonable del particular para acceder al recurso. Por tanto, la naturaleza jurídica del asunto debatido, o bien la cuantía de la reclamación son criterios irrazonables que permiten al intérprete judicial, en aplicación de los mecanismos de defensa de la Constitución como lo es el control difuso, aplicar la norma que contraste con el derecho constitucional al doble grado de jurisdicción, permitiendo así el acceso del justiciable interesado que el Tribunal de superior jerarquía conozca y decida el mérito del recurso de apelación.

(iii) una protección constitucional del derecho al doble grado de jurisdicción, lo cual supone que, por vía de amparo constitucional, según lo dispuesto en la Ley Especial, o bien el inaplicación de una norma por control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal de que se trate puede garantizar la aplicación efectiva e inmediata de tal derecho procesal constitucional.<sup>19</sup>

(iv) la imposibilidad de que su interpretación y aplicación contraste con los valores constitucionales establecidos en el artículo 2; pues al contrario, tales valores son orientados de la interpretación de que tenerse respecto de cualquier norma constitucional; aunado a lo anterior, la imposibilidad de que otras normas de rango constitucional, como el derecho a la no discriminación, se confronte directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo cual debe favorecerse una interpretación amplia a admitir el doble grado de jurisdicción respecto de sentencias definitivas dictadas en cualquier clase de procedimiento.

De esta forma, considero que tanto el derecho al recurso, y dentro de éste el doble grado de jurisdicción, como el derecho a la prueba tienen rango constitucional, lo que conduce a considerar todas las consecuencias que su consagración constitucional aparea, lo cual será estudiado detenidamente en el punto siguiente.

---

19 Sobre la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, puede consultarse, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Ediciones Civitas. Madrid, 1985; Roberto L. BLANCO VALDÉS: *El Valor de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 2006, p. 101 y ss.

#### **4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AL DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN ¿INSTANCIA REVISIVA O RENOVADORA?**

La determinación de la naturaleza jurídica de una institución podría resultar infructuosa, y hasta extenuante, si no se tiene en cuenta su verdadera utilidad y aplicación. Inclusive, observamos con mucha frecuencia que parte de la doctrina procesal se concentra en exposiciones complejas sobre la naturaleza jurídica de una institución, y se adopta una determinada posición, sin que se indique el motivo que conduce a su expositor a realizar tal análisis. Ese mismo análisis también es realizado en aulas universitarias, sin explicarse claramente al oyente la utilidad práctica que ello representa, lo cual, en la mayoría de los casos, hace perder interés a la parte introductoria de materias fundamentales, siendo que dicha mención constituye una premisa fundamental para la comprensión del instituto a ser analizado.

Esta ausencia de explicación nos obliga a realizar algunos comentarios preliminares sobre la utilidad que nos brinda la determinación de la naturaleza jurídica de cualquier institución, y en este caso del doble grado de jurisdicción.

El procesalista español Juan MONTERO AROCA sostiene que cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, está buscando la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde, no a un puro deseo de jugar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una clara finalidad práctica: se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables supletoriamente.<sup>20</sup>

En consecuencia, la determinación de la naturaleza jurídica de una institución tiene como objetivo la búsqueda del marco general en el cual es factible encuadrar la categoría bajo análisis, y ante la existencia de una laguna de reglamentación, se debe acudir, de forma supletoria, a la regulación de la institución general. Esa actividad intelectual nos sitúa en una relación de continente-contenido, de manera que determinar la

---

20 Juan MONTERO AROCA: "El Proceso no tiene naturaleza jurídica". Revista de Derecho Procesal, No. 1. Caracas. Edición Conjunta del Instituto de Estudios de Derecho Procesal "José Rodríguez Urraca" y Paredes Editores, 1990, p. 102; y Juan MONTERO AROCA y otros: Derecho Jurisdiccional I, ...op. cit., p. 291-307.

naturaleza jurídica de alguna institución (contenido) implica conseguir la institución de mayor amplitud en el cual podemos encuadrarla (continente). Pues bien, en el presente Capítulo esbozaremos brevemente algunas líneas relacionadas con la función del Tribunal de Alzada dentro del doble grado de jurisdicción, todo lo cual nos ofrecerá la naturaleza jurídica de su análisis, situación esta que nos permitirá, en lo adelante, establecer conclusiones respecto a la necesidad probatoria en la Segunda Instancia del proceso.

El doble grado de jurisdicción debe encuadrarse en el contexto del recurso de apelación. A su vez, el recurso de apelación constituye un medio de impugnación que debe subsumirse en la teoría general de los recursos, y ésta a su vez en la teoría de los medios de impugnación (recordamos que la teoría general de los medios de impugnación está constituida por dos grandes bloques: (i) teoría general de los recursos; y, (ii) teoría general de las nulidades<sup>21</sup>).

Es menester aclarar que los principios de la teoría general de los recursos, es aplicable a cualquier clase de proceso, y para el presente estudio, el de naturaleza civil, de manera que las conclusiones a las cuales arribemos en el presente capítulo resultan extensivas a todos los procesos civiles.

Así, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 1315, de fecha 9 de noviembre de 2004, dictada por la Sala de Casación Civil, caso José Antonio Márquez Leitón contra José Ángel Portales y Florimar Ruiz Useche, estableció, respecto del recuso de apelación, lo siguiente que:

Conforme al citado artículo es deber del juez de segundo grado pronunciarse sobre el mérito de la controversia, aun cuando la sentencia apelada se halle viciada por defectos de forma; en ningún caso le es posible ordenar la reposición de la causa fundado en la nulidad de la sentencia apelada, pues en el actual régimen procesal el sentenciador de alzada tiene el deber de reexaminar la controversia corrigiendo los defectos de actividad advertidos en la sentencia de primera instancia, y si en definitiva incurre en los mismos vicios, éstos pueden ser denunciados en casación a través del correspondiente ordinal del

---

21 Vid. Enrique VESCOVI: Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1988, p 5.

artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, como vicio formal de la sentencia del superior.

Bajo el régimen del Código de Procedimiento Civil de 1916, tal declaratoria originaba la nulidad de la sentencia de primer grado y la consecuente reposición de la causa al estado de que el a quo dictara nueva decisión. Al modificar el legislador el sistema de la “Querrela Nulitatis”, y establecer que la existencia de vicios en la decisión apelada no conduce a la reposición, restringió la posibilidad de declarar la nulidad y consecuente reposición, al supuesto de que se hubieren quebrantado formas procesales relacionadas con el iter procedimental que culmina con la sentencia de mérito.

Si bien es cierto resulta de vital importancia hacer referencia al criterio aplicado por la Sala de Casación Civil, nos interesa sobremanera hacer referencia, en primer lugar, a la consagración legal de la naturaleza de los recursos, y posteriormente, mencionar brevemente el tratamiento que la doctrina ha dado respecto a este punto.

En efecto, desde el punto de vista legal, las normas de naturaleza civil (*rectius*: distintas a la penal) carecen de una sistematización clara respecto de los poderes del Juez de Alzada en el conocimiento del recurso de apelación, aun cuando debe reconocerse que en las normas post constitucionales se han venido estableciendo cargas específicas para la parte recurrente relacionadas con la necesidad de formalizar (o fundamentar) el recurso, o bien de asistir a una Audiencia Oral, so pena de desistimiento del recurso. La regulación en el procedimiento civil ordinario más cercana en cuanto al ámbito de conocimiento del Juez de Alzada la podemos encontrar en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece:

Artículo 209. La nulidad de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de la instancia inferior, que se halle viciado por los defectos que indica el artículo 244, sólo puede hacerse valer mediante el recurso de apelación, de acuerdo con las reglas propias de este medio de impugnación. La declaratoria del vicio de la sentencia por el Tribunal que conozca en grado de la causa, no será motivo de reposición de ésta, y el Tribunal deberá resolver también sobre el fondo de litigio. Esta disposición no se aplica en los casos a que se refiere la última parte del artículo 246.

La norma antes transcrita determina de manera poco clara el ámbito de conocimiento del Juez del Alzada en el recurso de apelación. Realizando un análisis sistemático de dicha norma, extraemos lo siguiente:

- (i) los vicios de nulidad de la sentencia establecidos en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, sólo pueden hacerse valer a través del recurso de apelación. Por vía de consecuencia, el Juez de Alzada se encontrará obligado a revisar si la sentencia recurrida en apelación contiene vicios de nulidad, y en tal supuesto deberá declararlo, anulando la decisión recurrida, para posteriormente dictar un fallo sustitutivo que cumpla con los requisitos de forma, y además se pronuncie sobre el fondo de la controversia (juicio rescisorio).
- (ii) los vicios de inexistencia de la sentencia también pueden hacerse valer a través del recurso de apelación; sin embargo, en caso de detectarse un vicio de inexistencia en la decisión, surge la obligación del Juez de Alzada de reponer la causa al estado en que el Tribunal a quo dicte una sentencia válida (juicio rescindente).
- (iii) la norma no establece regulación alguna con respecto a la existencia de vicios de fondo, es decir, en cuanto a la aplicación de la norma jurídica (falsa aplicación, falta de aplicación y error de interpretación, según la técnica casacional), por lo cual surge la duda si el Tribunal, no encontrando un vicio de forma de la sentencia, se encuentra obligado a ratificar el fallo de la primera instancia, o si, por el contrario, en este mismo supuesto, deberá dictar un fallo, con sus propios motivos, que bien pueden ser idénticos a los de la sentencia de primera instancia, o bien diversos, siempre en el contexto de lo alegado y probado por las partes.

En los particulares (i) y (iii) puede surgir la duda sobre la facultad revisiva o renovadora del Tribunal de Alzada cuando conoce el recurso de apelación. En otras palabras, el Tribunal de Alzada se encontrará obligado a revisar tanto el fallo como el procedimiento sustanciado en la Primera Instancia, y a partir de allí dictar una decisión rescisoria; o bien, el Tribunal de Alzada tendrá una amplia facultad que permita a las partes argumentar y sustanciar nuevamente las pruebas producidas en la Primera Instancia, convirtiendo a dicho Tribunal de Alzada en una primera instancia (una segunda Primera Instancia).

Como primera aproximación, puedo afirmar que el proceso se encuentra concebido en fases preclusivas<sup>22</sup>, perfectamente delimitadas, en las que las partes, a sabiendas de las sanciones procesales que genera el incumplimiento de una carga, deberán cumplir éstas en cada fase del procedimiento de primera instancia. Así tenemos que el procedimiento de primera instancia está conformado por una fase de introducción de la causa, en la cual las partes, tanto demandante (con su pretensión) y el demandado (con sus excepciones y defensas) delimitan el ámbito de discusión del conflicto, quedando las partes impedidas de modificar el ámbito decisorio mediante actos posteriores. Seguidamente, aparece la fase de instrucción de la causa, en que las partes, conforme a los alegatos expuestos en la fase introductoria y las cargas probatorias, pretenden acreditar sus respectivas afirmaciones mediante la promoción y realización de la prueba (fase probatoria). A continuación, viene la fase de decisión de la causa, oportunidad estelar para el Tribunal de Primera Instancia, en el cual, conforme a los alegatos expuestos por las partes, y las actividades probatorias llevadas a cabo, dicta una decisión que bien puede ser inhibitoria, formal o repositoria, o bien puede dictar una sentencia definitiva que dirima el fondo la controversia.

Un sector de la doctrina es conteste en considerar que el recurso de apelación supone una instancia revisiva<sup>23</sup>, y no renovadora, de manera que no se permite la posibilidad de nuevos hechos o nuevas pruebas en la Instancia de Alzada. Sobre ello, estamos parcialmente de acuerdo, puesto que surgen dudas razonables respecto de la regulación legal de las pruebas en Segunda Instancia. El Código de Procedimiento Civil, y algunas leyes especiales, como por ejemplo la Ley Orgánica de Protec-

---

22 Para un análisis del instituto de la preclusión, puede consultarse Enrique VALLINES GARCÍA: *La Preclusión en el Proceso Civil*. Civitas. Madrid, 2004.

23 Enrique VESCOVI: *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1988, p. 156-157; Rodrigo RIVERA MORALES: *Recursos Procesales - Civil, Penal, Agrario, Laboral, Niños y Adolescentes*. Librería Jurídica. Rincón G. Barquisimeto, Venezuela, 2009, p. 231; Pedro ARAGONESES y Marta GISBERT: *La Apelación en los Procesos Civiles (Antecedentes, Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*. Ediciones Civitas. Madrid, 2008, p. 632; Julio PICATOSTE BOBILLO: *Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Bosh Editores. Barcelona, España, 2009, p. 365; Victor DE SANTO: *Tratado de los Recursos*, Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1987, p. 300

ción de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establecen la posibilidad de que las partes puedan probar en Segunda Instancia. Ahora, ¿ello supone que se abre una fase de instrucción de la causa, como extensión de la de Primera Instancia? ¿las partes puede traer nuevos hechos?

En mi criterio, la instancia de alzada es de carácter revisivo, todo ello sin perjuicio de que la ley establezca la posibilidad de promover y practicar pruebas en segunda instancia, las cuales estarán destinadas a demostrar hechos sobrevenidos ocurridos luego de vencida la fase de promoción de pruebas y hasta la oportunidad de promoción de pruebas en segunda instancia. Asimismo, siguiendo a la doctrina procesal española, también proponemos que la fase instructoria en segunda instancia permita la evacuación de medios probatorios ilegalmente inadmitidos por el Tribunal a quo. Por último, consideramos que las partes no podrán demostrar en Segunda Instancia aquellos hechos que, debido a su negligencia procesal, no acreditaron ante el Tribunal de Primera Instancia.

Ahora bien, de las anteriores conclusiones se pueden extraer varias interrogantes, las cuales serán analizadas en el próximo punto, a saber:

- ¿las pruebas en Segunda Instancia, están reguladas únicamente para probar hechos sobrevenidos?;
- ¿las partes pueden probar hechos distintos a los ventilados en el Juzgado a quo, ante el Tribunal de Alzada?;
- ¿las partes pueden probar ante el Tribunal de Alzada a través de medios probatorios, distintos a los especificados en la norma de que se trate?;
- ¿el juez, por diligencias oficiosas, podrá probar hechos en Segunda Instancia?;
- ¿el juez, por diligencias oficiosas, podrá aclarar hechos en Segunda Instancia?;

## **5. LAS PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA. LAS LIMITACIONES LEGALES A LA PRUEBA Y SU APERTURA**

Luego de haber establecido el rango constitucional del derecho al recurso, y dentro de éste a la doble instancia, así como el derecho a la

prueba, nos resta analizar la incidencia de tales conclusiones en la prueba ante el Tribunal de Alzada.

En primer lugar, vamos a realizar breve un recorrido por la doctrina para observar la receptividad del criterio relacionado con las pruebas y su apertura en el Tribunal de Alzada, luego de lo cual, aportaremos nuestra opinión sobre el tema en estudio.

Con respecto a las pruebas ante el Tribunal de Alzada, Julio PICATOSTE BOBILLO<sup>24</sup> nos dice:

La excepcionalidad de la prueba en segunda instancia se acentúa, si cabe, con la nueva regulación, en la medida que el legislador quiere que, en principio, se agoten las posibilidades de práctica de la prueba en primera instancia tratando de remediar así el fracaso probatorio; pero ello arbitra la fórmula de las diligencias finales con una específica previsión para los casos de lagunas en la actividad probatoria en la primera instancia, oportunidad que, por lo demás, deberá aprovechar el interesado en la prueba como presupuesto para que su petición en segunda instancia prospere. / Desde una perspectiva constitucional es correcta esta concepción limitativa de la actividad probatoria en la segunda instancia, y, desde luego, no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. El TC ha considerado «como ajustado a la Constitución el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso y el recibimiento a prueba en la segunda instancia sólo cobra sentido cuando se trata de pruebas sobre hechos acaecidos después de la sentencia, que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto, esto es, los llamados hechos nuevos; o cuando las propuestas en la 1ª. instancia no pudieron ser practicadas y esta imposibilidad de la práctica de la prueba no sea imputable a quien le pretende después, principios éstos a los que la regulación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil da debido cumplimiento y que inspiran el art. 506, en el que, por remisión del art. 863 (ambos de la LEC/1981), el solicitante de este amparo ha querido fundar su pretensión»

Por su parte, Eduardo COUTURE, sostiene que, respecto de la prueba en segunda instancia, debe haber un alcance muy restrictivo, y sólo

---

<sup>24</sup> Julio PICATOSTE BOBILLO, ob. cit., pp. 299-300.

debe permitirse en la medida que la Ley expresamente así lo disponga<sup>25</sup>. En efecto, COUTURE comenta que:

... en lo que en nuestro derecho da a la segunda instancia su nota más característica es la restricción de la prueba. El principio de que la prueba debe producirse plenamente en primera instancia, sin reservas para la segunda, es absoluta. La jurisprudencia es de una firmeza perfecta en ese sentido. En la segunda instancia sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable; la enumeración es taxativa y la reapertura del periodo probatorio configura la rigurosa excepción.

Si se compara esta solución con la italiana anterior a la reforma, en la cual la admisión de la prueba era amplia, se advierte que se está en presencia de dos sistemas enteramente distintos.

La doctrina apoyada en las soluciones europeas, anteriores a las reformas recientes, no es, pues, de aplicación al derecho americano, en el cual, por las razones anotadas, la segunda instancia no es de renovación, sino revisión de la primera.

(...) El juez de la apelación podrá ordenar pruebas para mejor proveer, utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes o por el juez de primera instancia, etc. En estos dos puntos, iniciativa en materia de prueba y facultad de innovar en materia de derecho, nada se modifica y rigen los principios generales<sup>26</sup>

CARNELUTTI, señala la posibilidad de promover y hacer evacuar pruebas de manera limitada en el contexto del recurso de apelación, apoyándose sólo en la regulación legal sobre la materia, sin mayor análisis sobre su validez o los motivos que conllevan a tal limitación.<sup>27</sup>

Víctor DE SANTO, sobre el particular, sostiene que “La limitación impuesta a los tribunales de alzada –se dijo precisamente–, deriva de

25 Eduardo COUTURE: “Prueba en Segunda Instancia”, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo III. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2003, p. 245. COUTURE sostiene que “es así porque los jueces han hecho de esta jurisprudencia un medio indirecto de fortalecer la primera instancia. No defienden tanto el material de conocimiento con que deben fallar en segunda instancia, como el principio de que el debate y la prueba se deben agotar en primera instancia”.

26 Eduardo COUTURE: Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. pp. 359-360.

27 Francisco CARNELUTTI: Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España, 1942, p. 446.

la medida que la parte agraviada imprime a su impugnación (*tantum appellatum quantum devolutum*), no pudiendo, por lo tanto, exceder los límites que el apelante impuso a su recurso (...) // de ahí que los códigos adjetivos latinoamericanos generalmente restringen la prácticas de pruebas en segunda instancia. // Por otra parte, como veremos, sólo pueden ofrecerse en supuestos excepcionales, de interpretación restrictiva<sup>28</sup>.

Según DE SANTO, en el Derecho Argentino, se permite la prueba, en Alzada, en dos supuestos:

- 1º) Cuando se alegare un hecho nuevo acaecido o conocido con posterioridad a la contestación de la demanda o de la reconvención, o rechazado en primera instancia;
- 2º) cuando se hubiere petitionado el replanteo de la prueba en la alzada.

En este mismo orden de ideas, las pruebas proponibles en alzada, de acuerdo al ordenamiento procesal civil argentino, son los documentos (sobrevinidamente conocido por las partes, luego de la contestación de la demanda), o la confesión judicial (que no haya sido planteada en la primera instancia).<sup>29</sup>

En términos similares, Jaime GUASP reconoce que la prueba pugna con la concepción acogida por el derecho positivo para la segunda instancia, aunque por notorias razones de equidad no sea posible suprimirla por completo, sino que hay que reconocer, taxativa y limitadamente, ciertos supuestos que, contra la regla general, permite la prueba del procedimiento en la apelación.<sup>30</sup>

MONTERO AROCA afirma que la naturaleza limitada del recurso no impide la existencia de prueba en el mismo, si bien de modo excepcional, y atendiendo a dos supuestos, referidos especialmente para la subsanación de defectos procesales, a saber:

- a) cuando el juez de la primera instancia hubiere inadmitido incorrectamente un medio de prueba, siempre que se hubiere intentado el recurso de reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado

---

28 Víctor DE SANTO: Tratado de los Recursos, Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1987, p. 349.

29 Víctor DE SANTO, ob. cit., p. 350.

30 Jaime GUASP y Pedro ARAGONESES: Derecho Procesal Civil, Tomo II, Civitas Ediciones. Madrid, 2002. p. 359.

protesta en la vista.

- b) Cuando por cualquier causa no imputable al que lo hubiere propuesto, un medio de prueba propuesto y admitido en la primera instancia, no se ha practicado en ella, si siquiera como diligencia final.<sup>31</sup>

En Venezuela, en primer lugar debemos hacer mención a la norma general u ordinaria que establece el derecho a la prueba en segunda instancia, sin perjuicio de disposiciones que hoy en día aparecen en leyes que regulan procedimientos especiales (p.e. niños y adolescentes, contencioso administrativo, agrario, etc.). En efecto, el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil establece:

Artículo 520. En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio. Los primeros podrán producirse hasta los informes, si no fueren de los que deban acompañarse con la demanda; las posiciones y el juramento podrán evacuarse hasta los informes, siempre que se solicite dentro de los cinco días siguientes a la llegada de los autos al Tribunal. Podrá el Tribunal dictar auto para mejor proveer, dentro de los límites expresados en el artículo 514.

Esta norma se ha mantenido, respecto de la misma restricción probatoria en segunda instancia, en el Código de 1873, de 1838 y la Ley de Colombia de 1925. De esta forma, debemos tomar como premisa que se trata de una norma que tradicionalmente ha aparecido en la norma adjetiva venezolana, y que hace referencia a la restricción probatoria, muy especialmente en cuanto al número de medios de prueba.

A partir de allí, debemos hacer mención a la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1975, que inspiró la norma adjetiva civil hoy vigente, en el que, sobre el derecho a la prueba en segunda instancia, comentaba:

Se mantiene en Segunda Instancia, la disposición vigente, según la cual, no se admiten en esta Instancia otras pruebas sino la de instrumentos públicos, posiciones juradas y juramento decisorio (Art. 520), lo que significa que en nuestro sistema, la segunda instancia no se realiza a instrucción cerrada, con los solos elementos de prueba recogidos

---

31 Juan MONTERO AROCA, Juan Luis GOMEZ COLOMER, Alberto MONTON REDONDO y Silvia BARONA VILAR: Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2009. pp. 439-440.

en la primera instancia, pero sí con una nueva instrucción bastante limitada, que excluye la prueba testimonial y las demás contempladas expresamente en el Artículo 520. Sin embargo, admitida la facultad de dictarse el auto para mejor proveer en esta instancia, es obvio que está librada a la iniciativa del Juez y a su prudencia y justicia, requerir los elementos de prueba que pueden ser traídos al proceso mediante el auto para mejor proveer (Art. 514), lo que en definitiva es una facultad provechosa para la justicia”.

Por su parte, Rafael MARCANO RODRÍGUEZ, en sus Apuntaciones Analíticas, se encarga de diferenciar, en el contexto del recurso de apelación, las demandas nuevas de los medios o argumentos nuevos. En efecto, MARCANO RODRÍGUEZ sostiene que “de la demanda nueva debe distinguirse el medio o argumento nuevo, pues si aquélla no puede ser propuesta en apelación, para el argumento nuevo siempre hay lugar en todas las instancias. El medio o argumento nuevo consiste en el derecho que corresponde a las partes para invocar en apoyo y sostenimiento de sus respectivas pretensiones ante los Tribunales de alzada, todos los alegatos, motivos y conclusiones que no hubieren deducido en la primera instancia”<sup>32</sup>

Si bien es cierto que MARCANO RODRÍGUEZ no analiza el aspecto que nos ocupa, relacionado con las pruebas en la segunda instancia, nos da a entender que las partes podrían introducir elementos de juicio, que no procuren una innovación o transformación de la pretensión propuesta por el demandante, o las excepciones o defensas del demandado.<sup>33</sup>

Ramón FEO, en su interpretación del artículo 398<sup>34</sup> del Código de Procedimiento Civil de 1897, sostiene que:

No hay pruebas en segunda instancia. Excepción. No pueden promoverse pruebas en segunda instancia, puesto que ya se dio tiempo

---

32 Rafael MARCANO RODRIGUEZ: Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil, Tomo III. Artes Gráficas Rehyma. Caracas, 1960, pp. 283-284.

33 Esta misma distinción es analizada por Arístides RENGEL ROMBERG, Tomo II, p. 420-421

34 El artículo 398 del CPC de 1897, establecía: “En segunda instancia no se admitirán otras pruebas que la de documentos públicos, la de posiciones y la de juramento. // Los primeros podrán producirse hasta el acto de estarse viendo la causa, si no fueren de los que deben acompañarse a la demanda; las segundas y el juramento se admitirán si se pidieren antes del día en el principio a verse la causa”.

bastante a las partes para producir y evacuar en primera, las que creyeren conducentes; y no tendrá objeto abrir otra lucha probatoria. Pero como las posiciones no interrumpen el curso de la causa y la confesión es una prueba de importancia decisiva, se da tiempo para poder aún tomar algunas, pidiéndolas en la oportunidad que dice la ley. También se permite presentar documentos públicos, sólo públicos, siempre que no sean los que debieren acompañarse a la demanda, que ya dijo el legislador no deben admitirse después. Y como el Código Civil no permite deferir el juramento decisorio en cualquier estado de la causa, claro es que bien pudiera hacer eso en segunda instancia.<sup>35</sup>

Por su parte, HENRIQUEZ LA ROCHE, en cuanto a la limitación de la prueba en segunda instancia la justifica sosteniendo que:

... La segunda instancia es también una etapa judicial de revisión del caso ya instruido por el tribunal que dictó el fallo apelado. Esa previa instrucción que ha tenido lugar mediante el aporte de las pruebas que obran en autos, justifica que sean restringidos en la alzada los medios probatorios disponibles. Por ello esta norma es de derecho estricto y no admite una interpretación extensiva a los fines de incluir dentro de la permisión legal las pruebas atípicas. // Las pruebas en segunda instancia son aquellas que por su naturaleza tienen un valor de convicción importante, por no estar sujetas a la memoria de otro o depender la evidencia del reconocimiento que hace la contraparte. Es así como la ley permite sólo la presentación de instrumentos públicos, posiciones juradas y juramento decisorio, señalando para cada caso la oportunidad cuando debe promoverse la prueba // (...) La parte in fine de este artículo 514 autoriza al juez a dictar auto para mejor proveer, el cual, según ya hemos estudiado, otorga al juez amplia facultad para ordenar experticias, no meramente aclaratorias), solicitar la incorporación de instrumentos (públicos o privados) de los cuales hay dato en actas o practicar inspección judicial en alguna localidad (...)<sup>36</sup>

En lo que respecta a la jurisprudencia, debemos hacer mencionar que el Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido un criterio restrictivo sobre la prueba en Segunda Instancia. En efecto, en sentencia No. 688, del 10 de agosto de 2007, caso Petra Antonia Romero de Hidalgo contra Augusto Rubén Escalona Linares, dictada por la Sala de Casación Civil, quedó establecido que:

35 Ramón F. FEO: Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo II. Editorial Biblioamericana. Argentina-Venezuela, 1953, p. 185.

36 Ricardo HENRIQUEZ LA ROCHE: Código de Procedimiento Civil, Tomo IV. Editorial Torino. Caracas, 1997, pp. 49-50.

La segunda instancia, es una nueva etapa del juicio, en la cual se revisa la controversia con base en los alegatos y pruebas presentados por las partes ante el juez de la causa, no obstante, el legislador permitió excepcionalmente de manera limitada, promover ante este segundo grado de cognición, determinadas pruebas, a saber, documentos públicos, posiciones juradas y juramento decisorio.

(...)

Como puede apreciarse de la norma antes transcrita, el legislador permite la promoción y evacuación de la prueba de posiciones juradas ante la segunda instancia. Sin embargo, es muy clara la disposición cuando dispone que la misma podrá evacuarse hasta la oportunidad de la presentación de los informes. Lo que implica, que la parte promovente deberá estar atenta y efectuar todos los actos y trámites necesarios para que la prueba sea evacuada antes de esa oportunidad, pues de lo contrario, resultará evacuada fuera del lapso establecido para ello, resultando extemporánea y, en consecuencia, el juez estará impedido de valorarla.

Como hemos tenido ocasión de revisar, tanto la doctrina, tanto nacional como extranjera, así como la jurisprudencia venezolana, han mantenido un criterio restrictivo en torno a la prueba en Segunda Instancia; sin perjuicio de ello, la jurisprudencia venezolana ha asomado algunas intenciones de progreso respecto de la interpretación en materia de pruebas. Al respecto, podemos observar que en sentencia No. 255, del 09 de mayo de 2008, caso Sociedad Civil Agropecuaria Guanapa contra José Nicola Iamartino Díaz, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo que:

Según el criterio jurisprudencial anotado anteriormente, aquellas pruebas, tales como las inspecciones judiciales, las declaraciones de testigos, las experticias y otros medios no prohibidos expresa o tácitamente por la ley, que por su tramitación requieran de mayor tiempo para poder ser evacuadas, una vez promovidas dentro de la articulación, pueden ser recibidas fuera de ésta, incluso aquellas pruebas no evacuadas dentro del término destinado para ello en el juicio ordinario. Tal criterio deviene de una interpretación armónica de los postulados constitucionales, de manera que “(...) la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura (...)”. (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1417, de fecha 2 de junio de 2003, expediente N° 02-1875, caso: Leonor María Infante y otra).

En términos similares, Joan PICO I JUNOY ya sostenía que "... según la cual la nueva configuración del derecho a la prueba aconseja adoptar criterios flexibles que favorezcan la máxima actividad probatoria"<sup>37</sup>.

Lo anterior supone una interpretación amplia y garantista del derecho a la prueba en segunda instancia, en la que rige plenamente el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo cual resulta imprescindible distinguir sobre la categoría de hechos que pueden ser ventilados en la fase de revisión.

Habiendo tomado posición sobre la naturaleza revisiva del procedimiento de Alzada, debemos hacer una distinción en el contexto de dicha instancia sobre los hechos que se ventilan en la misma. De esta manera, en el procedimiento de Segunda Instancia podemos encontrar hechos ya analizados ante el Tribunal de Primera Instancia (que dio lugar a la decisión recurrida) y aquellos sobrevenidos en la Instancia de alzada.

Sobre los hechos, la ley adjetiva delimita perfectamente las tres fases que componen el proceso de primera instancia, a saber, la fase de introducción, de instrucción y de decisión. La fase de instrucción se caracteriza porque las partes puedan esgrimir tanto la pretensión, como la excepción y defensa, sobre la cual versará la prueba para la fase instructoria, en la que las partes deberán acreditar aquellas afirmaciones que hayan quedado controvertidas en la fase de introducción. Seguidamente, ya en fase de decisión, ante la duda, el Juez podrá ordenar la evacuación de medios probatorios, para probar o para aclarar, siempre que ello no constituya una forma de suplir carga de la prueba.

En la fase superior, a las partes les estará vedado aducir nuevos hechos, pues, es de suponer que, en la primera instancia han debido plantear todas las afirmaciones y los elementos fácticos y jurídicos, que sirvieron de base para la sentencia dictada.

En la segunda instancia, invocar hechos nuevos relacionados con el mérito de la controversia, supondría una ampliación del *thema decidendum* para el Tribunal de Alzada, lo cual contrastaría con su función revisora tanto del procedimiento de primera instancia como de la propia sentencia recurrida.

---

37 Joan JUNO I PICOY: El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil, ob. cit., p. 119.

Sin perjuicio de lo anterior, a la luz de las disposiciones adjetivas vigentes relacionadas con la prueba en Alzada, nos preguntamos si les es posible a las partes alegar otros hechos en la segunda instancia. Esta pregunta guarda total pertinencia desde que el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, así como las diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, permiten promover medios probatorios.<sup>38</sup>

Podríamos llegar entonces a una primera conclusión en la que es factible sostener que la posibilidad de promover nuevas pruebas supone que las partes puedan alegar nuevos hechos. Si ello no fuera así, entonces cuál es el sentido de que las partes puedan proponer y hacer evacuar pruebas en la Alzada.

Algunos códigos procesales extranjeros<sup>39</sup> permiten que las partes puedan aducir nuevos hechos, sobre la base de la existencia de hechos desconocidos al momento de la finalización de la fase de introducción, y siempre sobre la base de que hay un plazo breve para que las partes aleguen la existencia de esos hechos nuevos, y consecuentemente puedan probar los mismos.

La condición para la alegación de esos hechos nuevos viene basada en su vinculación con los hechos planteados en la pretensión. En otras palabras, en la medida en que los hechos nuevos deriven de la misma causa, y no amplíen la pretensión, se permitiría que las partes puedan agregar al juicio tales nuevos hechos. Esta situación ocurre, por ejemplo, cuando el lesionado arguye daños mayores sobrevenidos, lo cual supondría un alegato adicional que fundamenta su pretensión (p.e. de condenatoria de una mayor indemnización por daño moral, o la recepción por el arrendador del canon de arrendamiento, luego de culminada la fase de introducción e instrucción de la causa).

VESCOVI sostuvo tal posición, en los siguientes términos:

... se admite en forma indirecta, al permitir la apertura a prueba, como una de las hipótesis, que ésta se refiera a hechos nuevos. En esta forma, se da entrada al hecho nuevo en la segunda instancia,

---

38 Víctor DE SANTO, ob. cit., p. 354, sostiene que "... salvo casos de excepción, no es posible invocar nova reperta, ya que esto implica la modificación del cuadro litigioso inicial, con la consiguiente violentación del principio de congruencia, así como los de defensa en juicio y el de la prohibición de reformatio in peius".

39 El de Argentina, por ejemplo.

siempre con un criterio sumamente restrictivo. En primer lugar, como sabemos, se debe referir a hechos nuevos, pero no diversos, es decir, los que no cambien la pretensión, pues como veremos enseguida, el principio de congruencia, que reclama la correlación entre las pretensiones de las partes y de la sentencia, se refiere siempre a los hechos alegados en la demanda y contestación u a la sentencia de primero como de segundo grado. // Luego, se requiere que el hecho nuevo que se pretende introducir y probar lo sea realmente, esto es, posterior al momento en que se pudo invocar en la primera instancia o aquel que no fue conocido o no pudo ser conocido por la parte.<sup>40</sup>

Evidentemente, la posibilidad de practicar pruebas en segunda instancia, supone el cumplimiento de requisitos de admisibilidad, por lo cual no existe una amplia libertad probatoria; entonces, deberán ser pruebas pertinentes, conducentes y legales, so pretexto de no ser admitidas, mucho menos evacuadas ni valoradas por el Tribunal de Alzada.

Lo anterior, nos conduce a una primera conclusión: es factible la prueba en segunda instancia, respecto de hechos nuevos o sobrevenidos, pero con las limitaciones propias de tal posibilidad (es decir, que cumpla los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba), y además por los medios probatorios restrictivamente determinados en la Ley.

Esta primera conclusión merece unos comentarios adicionales. No hemos encontrado una razón válida por la cual se limitan los medios probatorios en el Tribunal de Alzada. Realizar trámites para admitir la prueba de documento público, las posiciones juradas y el juramento, y ser éstas de valoración legal, no determina de forma concluyente una justificación válida. Por el contrario, la limitación de tales medios probatorios para la demostración de hechos sobrevenidos resulta restrictivo del derecho a la prueba, y que, como analizamos con anterioridad, tal derecho de rango constitucional supone una interpretación amplia. De esta forma, consideramos que la restricción de medios probatorios ante el Tribunal de Alzada resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, y concretamente al derecho constitucional a la prueba y al recurso.

Una razón adicional que justifica la inconstitucionalidad de tal limitación legal se encuentra en que el Tribunal de Alzada, en su posibilidad de practicar diligencias aclaratorias, puede ordenar la práctica de otros

---

40 Enrique VESCOVI, ob. cit., pp. 149-150.

medios, determinados en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, como la experticia, la inspección judicial, el interrogatorio de la parte, el documento.

Por lo tanto, en mi criterio, debe concebirse una apertura probatoria a favor de las partes, en cuanto a medios probatorios se refiere (y no en cuanto a hechos a probar) en el contexto del recurso de apelación, permitiéndose la acreditación de hechos sobrevenidos, que se encuentren relacionados con los hechos debatidos ante el Tribunal de Primera Instancia, por cualquiera de los medios de prueba, legales o libres. Esta interpretación también se encuentra ajustada a los valores establecidos en la Constitución Nacional, muy especialmente a la condición del proceso como una herramienta para la realización de la justicia. Esta posibilidad probatoria amplia permitiría a las partes traer al proceso hechos relevantes que inciden en la pretensión, o en la excepción o defensa, que tendrían como norte la búsqueda de la verdad, siendo preferible una ampliación del espectro instructorio en la Segunda Instancia, aunque ello sea dilatorio de la decisión, que una limitación que contraste con derechos y valores constitucionales que en definitiva no procuran el alcance de la verdad y la justicia dentro del proceso. Esta interpretación además cuenta con apoyo de la jurisprudencia, pues se permite la evacuación de medios probatorios, fuera del lapso específico para ello, lo cual, ante tal flexibilización de criterios en materia de prueba, podría permitir que las partes puedan evacuar diversos medios probatorios para la acreditación de hechos sobrevenidos ante el Tribunal de Alzada. Sobre este particular, en sentencia No. 578, del 26 de julio de 2007, caso Promotora 204, C.A. contra Inversiones Hernández Borges, C.A. (INHEBORCA), dictada por la Sala de Casación Civil, se estableció:

Sobre el punto de los lapsos para la evacuación de algunas pruebas, esta Máxima Jurisdicción ha considerado, en desarrollo de la preceptiva constitucional que establece la garantía del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva que, no sólo puede entenderse en el sentido de que los ciudadanos tengan acceso a los órganos dispensadores de la justicia sino la seguridad de que ellos lo hagan de forma expedita, transparente obviando aquellos formalismos que no puedan ser considerados esenciales. Consecuencia de esta nueva manera de conceptualizar los derechos fundamentales antes mencionados, se ha modificado el criterio imperante según el cual todas las pruebas deben evacuarse en el lapso que la ley concede para ello y así

doctrinariamente, se ha flexibilizado el mismo, estableciéndose que para las de cotejo, experticia, inspecciones judiciales, exhibición de documentos, declaraciones de testigos y otras que por sus especiales características necesitan, en algunos casos, mayor período de tiempo para su evacuación, la Sala mediante sentencia N° 774 de fecha 10/10/06, expediente N° 05-540 en el juicio de Carmen Susana Romero contra Luis Ángel Romero Gómez y otra ha habilitado a los jurisdicentes para ampliar el predicho lapso  
 (...)

Ahora bien, lo establecido en la decisión parcialmente trascrita, no habilita para que en los casos señalados, tales evacuaciones puedan realizarse sin límite de tiempo ya que, esto lo que traería como consecuencia el que los procesos se eternicen y así se desvirtuaría la garantía constitucional de la justicia expedita. En tal razón se ha dejado a la ponderación de los jueces el apreciar o no una prueba de las de la especie que haya sido evacuada vencido el lapso legal para ello.

Esta extensión interpretativa resulta aplicable para otros procesos especiales en los cuales, o bien exista una limitación de los medios probatorios, o bien se restrinja de manera absoluta la posibilidad probatoria en la Segunda Instancia.<sup>41</sup>

Queda ahora otra posibilidad del juez, en el contexto del recurso de apelación, de practicar los medios determinados en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil. Es necesario recordar que los medios indicados en la norma antes mencionada pueden ser practicados por el Tribunal de Alzada en la medida que tiendan a aclarar alguno hecho dudoso u oscuro para decisión del recurso. Tal medios van dirigidos a

---

41 Por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo prohíbe expresamente la prueba en Segunda Instancia. En efecto, la Exposición de Motivos de la mencionada Ley refiere que “En el Capítulo V, se dispone lo relativo al procedimiento de segunda instancia, que desarrolla también oralmente en todos sus estados. Es el propio Tribunal Superior del Trabajo, quien fijará el día y la hora de la celebración de la audiencia oral y si en esa misma oportunidad lo estima pertinente, podrá ordenar la comparecencia de las partes, de los testigos y de los expertos. Es de resaltar que ya no se admite ningún tipo de prueba en segunda instancia, ni siquiera los instrumentos públicos, pues el amplio debate desarrollado en primera instancia no lo justifica. Además, se quiere que el Tribunal de alzada dicte una nueva decisión, con los mismos elementos probatorios, de forma tal, que se trata en realidad de una nueva decisión de la misma controversia. También se le atribuye al recurrente una nueva carga procesal, la de comparecer a la audiencia para formular sus alegaciones, so pena de declarar desistida la apelación”

aclearar, no sólo los hechos referidos por la sentencia de primera instancia recurrida, sino, además los hechos sobrevenidos y los planteados en la etapa de instrucción de primera instancia.

Sobre las diligencias oficiosas, o autos para mejor proveer, en sentencia dictada en fecha 19 de mayo de 1994, por la Sala de Casación Civil, caso Línea de Taxis Taxitour contra César A. Martínez A. estableció:

... los autos para mejor proveer son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, y sin que pueda considerársele obligado a resolver en alguna forma, cuando una de las partes requiera que sea dictado un auto ...

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido el anterior criterio. En efecto, la Sala de Casación Civil, en sentencia No. 358, del 30 de mayo de 2006, caso Desarrollos 4000 contra Condominio del Conjunto Residencial El Paraíso, expresó:

Asimismo, esta Sala de Casación Civil ha sido constante en sostener "...que los autos para mejor proveer, son providencias que el juzgador puede dictar de oficio, en ejercicio de sus facultades discrecionales, cuando su prudente arbitrio lo determine conveniente, y sin que pueda considerársele obligado a resolver en forma alguna, cuando una de las partes requiera que sea dictado un auto. En efecto, no tratándose de pruebas que las partes puedan promover, ni de defensas que ellas puedan utilizar, en nada viola los artículos denunciados por el recurrente, el hecho de que el juez omita decidir respecto de una solicitud en ese sentido, de lo contrario, el auto para mejor proveer dejaría de ser privativo y discrecional del juez, para convertirse, en contra de su naturaleza, en un derecho de las partes según su prudente arbitrio... (Sentencia de fecha 4 de agosto de 1999, caso: Carmen Teresa Barreto de Jiménez Loyola c/ Freddy Raúl Jiménez).

(...)

Hechas estas consideraciones, esta Sala reitera que el auto para mejor proveer es una actuación facultativa que la Ley concede al juez, ...con el único fin de que pueda completar su ilustración y conocimientos sobre los hechos, como antecedente necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cualquier duda o insuficiencia que le impida formarse una clara convicción de los hechos de la causa...

En nuestro criterio, la ampliación de medios probatorios propuesta respecto de las partes, también debe ser aplicable a las posibilidades aclaratorias tanto del Tribunal de Primera Instancia como del Tribunal de Alzada. Insistimos que no encontramos una justificación válida, razonable, que nos permita sostener la limitación de los medios probatorios, aun más cuando se trata de una actividad oficiosa del Tribunal en la búsqueda de la verdad. Asimismo, debemos reiterar que, en el contexto de las facultades aclaratorias, el Tribunal no puede suplir la actividad procesal y probatoria de las partes.

El reconocimiento de la ampliación de facultades judiciales aclaratorias encuentra su manifestación más clara en las normas postconstitucionales, en las que se permite que el Tribunal pueda practicar cualquier medio probatorio.<sup>42</sup> En este orden de ideas, la Sala de Casación Social, en sentencia No. 1037, del 7 de septiembre de 2004, caso Naif Enrique Mouhammad Rojas contra Ferretería EPA, con respecto a la procedencia de las diligencias aclaratorias, y el límite de los medios probatorios, estableció que:

En efecto, de conformidad con la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el Juez debe orientar su actividad jurisdiccional dándole prioridad a la realidad de los hechos (artículo 2), para ello, está obligado a inquirir la verdad por todos los medios a su alcance, debiendo intervenir en forma activa en el proceso, dándole el impulso y dirección de una manera adecuada a la ley (artículo 5). También ha dispuesto el cuerpo normativo de naturaleza adjetiva en materia laboral, el que los jueces del trabajo (en la búsqueda de esa verdad material) puedan ordenar evacuar otros medios probatorios adicionales a los aportados por las partes, sólo cuando estos sean insuficientes para que el Juez pueda formarse una convicción. Tal enunciado se haya soportado en el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que reza textualmente(...) Sobre tal lineamiento, resulta preciso señalar, que en la búsqueda de esa realidad de los hechos, el Juez puede hacer uso de la facultad contenida en la norma anteriormente transcrita, en la medida en que las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para generarle convicción respecto al asunto sometido a decisión, pero nunca para suplir las faltas, excepciones, defensas y/o cargas probatorias que tienen cada

---

42 Así, tenemos el artículo 484 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, artículo 191 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

una de las partes del proceso, pues por otro lado el artículo 72 de la misma Ley a dispuesto lo siguiente: En este sentido, se evidencia que la diligencia desplegada por el Juez ad-quem en la búsqueda de la verdad, en el presente caso, estuvo apartada de los parámetros señalados en la Ley, ello en virtud de que habiendo aportado la parte demandada como prueba a su favor una carta de renuncia suscrita por la actora, con lo cual lógicamente pretendía demostrar que no hubo el despido alegado, no debió entonces suplir el Juez de la alzada, las defensas de la parte accionante, por lo que en todo caso, era a la demandante a quien correspondía promover la prueba correspondiente para impugnar y restar valor probatorio a la referida carta de renuncia.

Por tanto, consideramos que el Tribunal, tanto de Primera Instancia como de Alzada, en la búsqueda de la verdad, podrá hacer evacuar cualquier medio probatorio, siempre ello aplicable en cualquier proceso civil (en su sentido más amplio). Como afirmamos anteriormente, estas diligencias aclaratorias del Tribunal estarán destinadas a permitir la prueba, sin suplir cargas probatorias, de hechos ventilados en primera instancia como hechos sobrevenidos.

Por último, nos queda por analizar si, las partes podrían coadyuvar con el juez en aclarar hechos ventilados ante el Tribunal de Primera Instancia (pues, respecto de los sobrevenidos, consideramos que tienen amplias facultades probatorias). Sobre este particular, nos inclinamos por admitir que la parte puede solicitar válidamente al juez la práctica de aquellas pruebas (cualquier medio probatorio) que tiendan a aclarar hechos referidos en Primera Instancia, y del cual en el Juez de Alzada se mantenga la duda sobre la verdad o verosimilitud. Como referimos anteriormente, el Juez, en la oportunidad de decidir, debe estar convencido de la verdad o falsedad (procesal) de las afirmaciones de las partes, y ante la duda tiene el deber (que no discrecional) de realizar diligencias aclaratorias.

Ante tal situación, las partes pueden solicitarle al juez la evacuación de cualquier medio probatorio, para aclarar hechos debatidos en Primera Instancia, y de los cuales todavía persiste una duda razonable. Ante tal solicitud, el Juez de Alzada se encuentra en la obligación de pronunciarse, de forma motivada, sobre la procedencia o no de la misma, atendiendo a los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba, y esta vez agregamos dos requisitos adicionales que lo constituyen (i) el análisis sobre la

insuficiencia probatoria del hecho, a pesar de su proactividad probatoria; (ii) la duda sobre la verosimilitud o falsedad del hecho.

Frente a la solicitud de las partes, y cumplidos tales requisitos, el Juez debe acordar la práctica del medio probatorio, todo ello para favorecer la máxima actividad probatoria, pues resulta preferible un exceso razonable en la actividad probatoria, que una limitación de la prueba que contraste con la verdad y la Justicia.

Aunado a lo anterior, nuestra posición encuentra apoyo legal en el artículo 484 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el cual se permite que las partes puedan solicitar al Juez la evacuación de cualquier medio de prueba para el mejor esclarecimiento de la verdad. En efecto, el artículo 484, en su parte pertinente, establece:

... El juez o jueza debe conducir la prueba en búsqueda de la verdad, tendrá los poderes de conducción, corrección a las partes y podrá admitir o rechazar las preguntas si estimare que son inconducentes o impertinentes. Asimismo, podrá ordenar, a petición de parte o de oficio, la evacuación de cualquier otra prueba que considere necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad.

Por último, es menester considerar que otras normas adjetivas, como el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, no prohíben expresamente que las partes puedan solicitar al Tribunal de Alzada la evacuación de medios probatorios, para el mejor esclarecimiento de la verdad, y así el jurisdicente pueda tener un panorama probatorio claro en la oportunidad de dictar la decisión.

De esta forma, razones de orden legal y constitucional, de interpretación garantista de las normas sobre prueba y recursos, deben conllevar a la posibilidad de evacuación de cualquier medio de prueba, a instancia de parte o de oficio, y en el contexto del recurso de apelación, para que el juez pueda decidir sobre la base de la verdad de los hechos debatidos, para así lograr la justicia, que constituye el máximo fin del proceso, a tenor del artículo 257 de la Constitución.

## 6. CONCLUSIONES

La consagración constitucional de normas procesales refleja el valor Justicia propugnado por el artículo 2 de la misma Constitución. Tal elevación normativa permite aplicar interpretaciones amplias, de carácter garantista, de normas procesales, y en nuestro caso, de la institución de la prueba y su incidencia en el recurso de apelación.

Ciertamente la ley adjetiva debe constituir una herramienta organizadora del proceso, y por ello, establece una fase de introducción, de instrucción y de decisión, lo cual garantiza el derecho de defensa de las partes. Ahora bien, ello no debe aplicarse en perjuicio del derecho a la prueba de las partes y del Juez.

No resulta preciso que las partes dejen exclusivamente en manos del Juez la realización de diligencias probatorias o aclaratorias. Al contrario, la práctica ha venido demostrando que el juez conoce el contenido del expediente en la oportunidad de decidir, oportunidad en la cual ya le habrán precluido todas las posibilidades de ordenar diligencias probatorias o aclaratorias. Ante tal situación, probatoria o aclaratoria, por insuficiencia probatoria, y sin llegar a suplir carga probatoria, correspondería a la parte interesada llevar al proceso, aunque sea de Alzada, la prueba de las afirmaciones oportunamente aducidas en juicio, y que resulten fundamentales para adoptar una decisión en segunda instancia.

La jurisprudencia nacional ha mantenido una posición restrictiva en cuanto a los medios probatorios utilizables en la segunda instancia; no obstante ello, su restricción viene dada por una interpretación literal de las normas pertinentes, sin hacer un mayor análisis garantista de las normas procesales, y especialmente probatorias, a la luz del enorme progreso constitucional respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa. Con esto no estamos proponiendo un libertinaje procesal; al contrario, estamos optimizando un derecho constitucional de contenido garantista. Realizamos la anterior aclaratoria porque las normas procesales buscan establecer un orden en el proceso, garantizar la igualdad procesal de las partes, garantizar la seguridad jurídica, pero ello no debe oponerse al valor Justicia proclamado por la Constitución.

Esta propuesta de apertura probatoria tiene como objetivo ampliar el margen de pruebas en el contexto del recurso de apelación, manteniendo

do una reglamentación estricta en cuanto a la admisibilidad del medio probatorio; en otras palabras, no se trata de admitir el medio probatorio cuando ha sido promovido pura y simplemente por el interesado, porque ello sería premiar la negligencia procesal, y castigar a la parte que ha puesto su mejor desempeño en la primera instancia, y en justa medida, ha logrado convencer al Juez. Al contrario, se busca garantizar el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva, en cuanto que el litigante que, con la debida diligencia y por alguna causa extraña ajena a su propia actuación procesal, no logró convencer al juez de la Primera Instancia, quedando la posibilidad de que, ante el Juez de Alzada, se pueda aclarar aquellos hechos que quedaron ambiguos en la sentencia recurrida.

En vista de lo anterior, podemos enumerar las siguientes conclusiones

(i) El artículo 520 del Código de Procedimiento Civil efectivamente limita el derecho a la prueba de hechos nuevos, a 3 medios probatorios (el documento público, el juramento y el mecanismo probatorio de posiciones juradas), por lo que las partes podrán promover tales pruebas, dentro del plazo allí señalado, y cumpliendo en todo caso con los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba (a saber, que sea promovida de forma legal, y el medio de prueba sea legal, pertinente y conducente). Para ello, la parte promovente deberá, en el acto de promoción, justificar razonadamente la debida legalidad y pertinencia de la prueba, y corresponderá al juez revisar todos los requisitos intrínsecos y extrínsecos para proveer sobre su admisión o inadmisión, y de ser admitida, realizar los preparativos de su evacuación. Tal limitación probatoria es inconstitucional, por lo cual proponemos una ampliación de los medios de prueba para acreditar, ante el Tribunal de Alzada, los hechos sobrevenidos que surjan luego del lapso de promoción en la Primera Instancia, hasta la oportunidad de promoción de medios probatorios en Segunda Instancia.

(ii) El juez estará facultado para dictar autos para mejor proveer, de carácter aclaratorio sobre los hechos probados por las partes en la Primera Instancia, o bien sobre hechos sobrevenidos, lo cual le permitirá al Juez de Alzada aclarar cualquier ambigüedad que haya surgido con ocasión de las pruebas tanto en primera instancia como en segunda instancia por las partes. Sobre la base de este criterio, el Juez podría utilizar no sólo los mecanismos aclaratorios indicados en el artículo 514 del Código

de Procedimiento Civil, sino que también podría utilizar cualquier medio probatorio (legal o libre) que le permita aclarar aquellos hechos que quedaron ambiguos para la etapa de decisión.

(iii) En atención a un criterio garantista, y a la interpretación amplia que necesariamente debe imprimirse a la tutela judicial efectiva como derecho procesal constitucional y al valor de la Justicia que propugna el artículo 2 de la Constitución, las partes pueden coadyuvar con el juez en la aclaración de aquellos hechos que no quedaron suficientemente probados ante el Tribunal de Primera Instancia, y que conforme a la insuficiencia probatoria establecida en la sentencia de primera instancia, y con la finalidad de buscar el mejor y mayor acercamiento a la verdad material, pueden coadyuvar para que el Juez de Alzada pueda tener claridad sobre la verosimilitud o verdad (por supuesto, procesal) de los hechos probados por las partes.

En este caso, como ya lo mencionamos, no se puede privilegiar o aplaudir la negligencia de la parte para la prueba de sus afirmaciones; por ello, la potestad aclaratoria de las partes deberá ponderarse por el Juez con suma exhaustividad, con el fin de no permitir el ingreso de hechos, no probados en la Primera Instancia; en otras palabras, las partes deberán fundamentar con la mayor precisión ante el Juez de Alzada que dicho mecanismo aclaratorio resulta útil para aclarar hechos determinados en la sentencia del juez a quo, y en razón de su pertinencia, legalidad y conducencia, el Juez de Alzada permitirá o no el ingreso del mecanismo aclaratorio. Es evidente que el mecanismo aclaratorio de la parte es de un espectro tan amplio como el del Juez, de manera que no sólo se encuentra limitado a los tres medios probatorios típicos y tradicionalmente aceptados (documento público, juramento y posiciones juradas), sino que más bien, en aras de garantizar una instancia revisiva plena, que busca la Justicia, por encima de formalidades no esenciales, se permitirá que tales aclaratorias, cuando cumplan los requisitos intrínsecos y extrínsecos, permitan al Juez un conocimiento pleno, sin ambigüedad alguna, de revisar, verificar la existencia de vicios en la sentencia, y pueda así dictar una sentencia sobre el fondo.

Evidentemente, si el juez puede utilizar mecanismos aclaratorios, nos preguntamos, entonces por qué las partes no podrían utilizar tales mecanismos aclaratorios. Debemos insistir que, con ello no debe premiarse

la actitud del litigante negligente, que no probó activamente en la fase instructoria de primera instancia, pues de ser este el caso, se rebasaría el límite de la aclaratoria, para llegar a la prueba, lo cual evidentemente se encuentra proscrito en una instancia revisiva, a menos que se trate de hechos sobrevenidos, surgidos luego de precluida la fase de promoción de pruebas de la primera instancia. Pero, ante afirmaciones insuficientemente probadas, por una causa no imputable a la parte, se le debe permitir a la misma que pueda aclarar, ampliar, complementar, para que el Juez de Alzada tenga a disposición todos los elementos fácticos que le permitan dictar una decisión revisora justa.

Asimismo, ante la posibilidad aclaratoria de las partes ante el Tribunal de Alzada, se debe garantizar la plena defensa de la otra parte, por lo cual resultará útil permitir a la parte no promovente de medios aclaratorios, que alegue todo cuanto corresponda, a fin de ilustrar debidamente al juez sobre la admisibilidad del medio aclaratorio propuesto.

El valor Justicia establecido en la Constitución no debe involucrar una vulneración de otros derechos constitucionales, como el de defensa, por lo cual, en todo caso, nos inclinamos en que el Juez de Alzada deberá permitir a la partes, promovente y no promovente, alegar todo cuanto consideren pertinente, para que el Juez pueda tomar una decisión sobre la admisibilidad del medio aclaratorio. Si, luego de la incidencia alegatoria previa de las partes, el Juez de Alzada llegase a la conclusión de que el medio propuesto, antes que aclaratorio, es probatorio, deberá ser rechazado (*rectius*: inadmitido), a menos que se trate efectivamente de un medio probatorio que tienda a acreditar un nuevo hecho sobrevenido. De lo contrario, si la parte quiere probar una afirmación, controvertida en la fase de introducción de la causa, deberá correr con las consecuencias que suponen la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, caso en el cual, deberá sucumbir ante la ausencia de prueba.

Estamos conscientes de que tal proposición supone líneas fronterizas entre la prueba y la aclaración muy sutiles, que pueden llegar a premiar al litigante negligente en la primera instancia; no obstante ello, quedará en manos del Juez, como lo está la decisión del recurso, determinar si tal situación constituye un medio de prueba o un medio aclaratorio.

Insistimos, una interpretación amplia y garantista de las pruebas en segunda instancia supondrá una plena garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, la protección del valor Justicia, y la búsqueda de la

verdad por parte del órgano jurisdicente, sin cortapisas e interpretaciones restrictivas que, en definitiva, pueden llegar a perjudicar el interés de las partes en juicio.

Aunado a lo anterior, la interpretación amplia propuesta en este estudio no contrasta con la regulación legal actual, sino que más bien busca adaptar la interpretación de tales normas al garantismo constitucional. En efecto, las normas adjetivas actuales, tanto preconstitucionales como postconstitucionales, sólo determinan una limitación del derecho a la prueba en la segunda instancia, en virtud de considerar al recurso de apelación como una instancia revisiva, y no una segunda primera instancia. Pero ello no supone una negación de la posibilidad aclaratoria de hechos a instancia de la parte, y ese ha sido el reflejo de los ordenamientos jurídicos foráneos de avanzada, en los que existe una mejor regulación del derecho a la prueba en segunda instancia, con el mínimo de restricciones, según se puede evidenciar de las normas transcritas en el apéndice del presente estudio.

En Venezuela, no encontramos norma que prohíba a las partes la proposición de medios aclaratorios. Evidentemente el principio dispositivo debe permitir una interpretación amplia, posibilitando a las partes la promoción de nuevos medios probatorios en la segunda instancia.

## **7. BIBLIOGRAFÍA**

ARAGONESES, Pedro y Marta GISBERT: *La Apelación en los Procesos Civiles (Antecedentes, Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios)*. Ediciones Civitas. Madrid, 2008.

BAUDIN, Patrick: *Código de Procedimiento Civil*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010-2011.

BELADIEZ ROJO, Margarita: *Los Principios Jurídicos*. Editorial Aranzadi. Pamplona, España, 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Civitas. Navarra, 2005.

BELLO TABARES, Humberto E. T.: *Tratado de Derecho Probatorio*. Ediciones Paredes. Caracas, 2007.

- BELLO TABARES, Humberto E. T. y Dorgi D JIMENEZ RAMOS: *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos: *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2005.
- BLANCO GOMEZ, José Luis: *Sistema Dispositivo y Prueba de Oficio*. Ediciones Jurídicas Ibañez. Bogotá, 1994.
- BLANCO VALDES, Roberto L.: *El Valor de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 2006.
- BREWER-CARIAS, Allan R.: *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional No. 1 de 2009*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.
- CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Librería El Foro. Buenos Aires, 1996.
- CARNELUTTI, Francisco: *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, España, 1942.
- CORTES DOMINGUEZ, Valentín , Vicente GIMENO SENDRA y Víctor MORENO CATENA: *Derecho Procesal Civil*. Editorial Colex. Madrid, 2001.
- COUTURE, Eduardo: “Prueba en Segunda Instancia”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo III. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2003
- \_\_\_\_\_ : *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977
- DE SANTO, Víctor: *Tratado de los Recursos*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1987.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*. Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá, 1993.
- \_\_\_\_\_ : *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El Principio del Debido Proceso*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1995.
- F. FEO, Ramón: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Editorial Biblioamericana. Argentina-Venezuela, 1953.

- FERRAJOLI, Luigi: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid, 2007.
- : *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 2004.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas Ediciones. Madrid, 2001.
- GASCON ABELLAN, Marina: *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1999.
- GUIMARAES RIBEIRO, Darci: *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva, Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, España, 2004.
- GUASP, Jaime y Pedro ARAGONESES: *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Civitas Ediciones. Madrid, 2002.
- HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*. Editorial Torino. Caracas, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980.
- LORETO, Luis: *Ensayos Jurídicos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987.
- MARCANO RODRIGUEZ, Rafael: *Apuntaciones Analíticas sobre las Materias Fundamentales y Generales del Código de Procedimiento Civil*. Artes Gráficas Rehyma. Caracas, 1960.
- MICHELLI, Gian Antonio: *La Carga de la Prueba*. Editorial Temis. Bogotá, 1989
- MONTERO AROCA, Juan: *La Prueba en el proceso Civil*. Civitas Ediciones. Madrid, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan, Juan Luis GOMEZ COLOMER, Alberto MONTON REDONDO y Silvia BARONA VILAR: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2009.
- NIEVA FENOLL, Jordi: *La Valoración de la Prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010.

- \_\_\_\_\_ : *Enjuiciamiento Prima Facie*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2007.
- \_\_\_\_\_ : *La Cosa Juzgada*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006.
- ORTELLS RAMOS, Manuel , Ricardo Juan SANCHEZ y Juan CAMARA RUIZ: *Derecho Procesal. Introducción*. Edisofer Libros Jurídicos. Madrid, 2006.
- ORTIZ ORTIZ, Rafael: *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*. Editorial Frónesis. Caracas, 2004.
- PALACIO, Lino Enrique: *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2008.
- PETIT GUERRA, Luis Alberto: *Estudios sobre el Debido Proceso. Una visión global: Argumentaciones como derecho fundamental y humano*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011
- PEYRANO, Jorge W. : *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1978
- PICATOSTE BOBILLO, Julio: *Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Bosh Editores. Barcelona, España, 2009.
- PICO I JUNOY, Joan: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1997.
- \_\_\_\_\_ : *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. J.M. Bosch Editor. Barcelona, España, 1996.
- PRIETO CASTRO, Leonardo : *Manual de Derecho Procesal Civil*. Imprenta Sáez. Madrid, 1956.
- RAMOS MENDEZ, Francisco: *Derecho y Proceso*. Librería Bosch. Barcelona, España, 1978.
- RAMOS ROMEU, Francisco: *Las Medidas Cautelares Civiles, Análisis Jurídico-Económico*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2006.
- RENGEL-ROMBERG, Arístides: *Trata de Derecho Procesal Civil Venezolano según el nuevo código de 1987*. Organización Gráficas Capriles. Caracas, 1999.

- RIVERA MORALES, Rodrigo: *Recursos Procesales - Civil, Penal, Agrario, Laboral, Niños y Adolescentes*. Librería Jurídica. Rincón G. Barquisimeto, Venezuela, 2009.
- ROSENBERG, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel: *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, España, 2008.
- TARUFFO, Michelle: *La Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2008.
- : *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta. Madrid, 2002.
- VALLINES GARCÍA, Enrique: *La Preclusión en el Proceso Civil*. Civitas. Madrid, 2004
- VESCOVI, Enrique: *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1988.
- : *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis. Bogotá, 1984.
- Debido Proceso (Realidad y Debido Proceso - El Debido Proceso y la Prueba)*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2003.
- Pruebas y Oralidad en el Proceso*. Librería Jurídica. Rincón G. Barquisimeto, Venezuela, 2007.

# Breves consideraciones sobre el abuso de derecho en Venezuela y su procedencia en materia contractual

“Abusus non est usus, sed corruptela”

Roberto Lupini Pinzani\*

## RESUMEN:

En Venezuela, el abuso de derecho aparece inspirado en el Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y contratos. En este sentido, el abuso de derecho no necesariamente tiene que estar conformado por los mismos elementos del hecho ilícito. Por ello, esa figura constituye una fuente autónoma de las obligaciones.

Palabras Clave:

Abuso de Derecho, Hecho Ilícito, Obligaciones

## ABSTRACT:

In Venezuela, the abuse of rights doctrine arises from the French-Italian codification project on obligations and contracts. In this sense, the abuse of rights does not demand the existence of the same elements as torts. Hence, the abuse of rights doctrine is an autonomous source of obligations.

Key Words:

Abuse of rights doctrine, Torts, Obligations.

## I. INTRODUCCIÓN

Es como PLANIOL es algo absurdo hasta el punto de haber catalogado el abuso de derecho como una verdadera logomaquia.<sup>1</sup> Igualmente, debemos pensar en la importancia jurídica y social que comporta una

---

\* Alumno de quinto año.

1 PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado Público de Derecho Civil Francés*, Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940, p. 791.

institución que fija un límite a los derechos subjetivos que anteriormente y en sociedades individualistas, podían ser ejercidos sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad. Imaginemos el caso en que una persona deja crecer un árbol gigante justo en frente a la ventana de su vecino, tapándole toda la luz y la vista sin ningún propósito o interés legítimo. Es por este tipo de situaciones que las sociedades modernas se vieron en la necesidad de establecer la figura del abuso de derecho como principio general del derecho en sus ordenamientos jurídicos.

Del mismo modo, trataremos de reunir las más importantes opiniones doctrinarias con relación a esta figura, haciendo énfasis en lo que ha dicho nuestra doctrina acerca del abuso de derecho en materia contractual, sin pretender fijar criterios ni opiniones absolutas. Igualmente, señalaremos de manera superficial algunas dudas que han surgido a lo largo de los años con relación a esta institución, en particular en Venezuela, donde nuestra doctrina aún se debate si el abuso de derecho constituye una fuente autónoma de obligaciones o si debemos considerarlo como una especie dentro del hecho ilícito. Al igual que, algunos se preguntan si es posible hablar de una responsabilidad extracontractual proveniente del abuso de derecho de una relación contractual.

Son estas, algunas de las preguntas que han generado las mayores controversias en relación al tema del abuso de derecho, por ende, es obligatorio abordarlas en cualquier estudio relacionado con el tema. Estas son apenas algunas de las reflexiones sobre este tema, pero esperamos que el presente trabajo contribuya al adelanto de este tema en nuestro país, y que las ideas aquí expuestas sirvan a mis compañeros para el futuro estudio y desarrollo de este tema.

## I. REFERENCIA HISTÓRICA

La figura del abuso de derecho se remonta a los tiempos de los romanos con algunas afirmaciones de GAYO, PAULO, CELSO, ULPIANO, entre otros. Es verdad que los romanos aplicaron esta figura para resolver de manera casuística algunas situaciones, tal fue el caso de la decisión de Gayo en la cual pronuncio la famosa frase de: *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*,<sup>2</sup> sin embargo, éstos nunca desarrollaron una teoría

---

2 Novissimo Digesto italiano, Gaio, 50,17,55, Libro II, de testamento al edicto Urbano.

general del abuso de derecho. Lo mismo ocurrió con el derecho medieval, en el cual encontramos casos en que se aplicó nuevos antecedentes a la figura del abuso de derecho especialmente en relación a los actos de emulación<sup>3</sup> que consisten en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a una persona o a un bien ajeno. Además de esto, existen otros dos antecedentes importantes de este periodo, por un lado, las Partidas de Alfonso Décimo, el sabio, restringían el ejercicio del derecho de propiedad (Ley del Título XXXII de la Partida III), en la cual se prohibía cavar un pozo o una fuente si no resultare necesario. Por otro lado, surge la teoría de las inmisiones, según la cual, y en estricta oposición a la teoría de los actos de emulación –de carácter estrictamente subjetivo– no interesa la intención de quien ejerce el derecho, sino se trata de un resultado puramente objetivo. Los actos de inmisión son el resultado del ejercicio del derecho de propiedad que causa un perjuicio al vecino.<sup>4</sup>

Ahora bien, podemos afirmar de manera segura, que el nacimiento de la teoría del abuso de derecho (concebida como teoría y un principio general), debe ser atribuido a la doctrina entre ellos JOSSEERAND, RIPERT y PLANIOL,<sup>5</sup> y la jurisprudencia Francesa del siglo XIX y principios del siglo XX<sup>6</sup> con las famosas sentencias DOER Corte de Casación de Colmar, 2 de mayo de 1855<sup>7</sup> y CLEMENT BAYARD Corte de Casación Francesa, 3 de agosto de 1905. En la primera sentencia se fijó la primera raíz de

3 MAZEUD, Henri y Léon, MAZEAUD, Jean y CHABAS, François, *Lecons de Droit Civil, Obligations théorie générale*, 8<sup>o</sup> édition, T. II, I V., Paris, Montchrestien, 1997, por François Chabas, p. 466.

4 RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 123-26.

5 JOSSEERAND, Louis, *Del espíritu de los deberes y de su relatividad*, 1927; RIPERT, Georges, *La regla moral en las obligaciones civiles*, 1927; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire du droit civil*, T. II, Nos. 870 y ss, Paris, 1911; entre otros como BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T XV, Nos. 2850 y ss., Paris, 1908; LAURENT, François, *Principes de droit civil française*, T. VI, No 1401, Paris, 1893.

6 Para antecedentes históricos más extensos, FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Abuso del derecho”, pp. 92-112; En *Venezuela* Véase OCHOA, Oscar, “Ausencia de Abuso de Derecho en el Ejercicio de un Derecho Contractual”, En: *Revista de Derecho Mercantil*, Año 7 y 8, enero-diciembre, 1989, pp. 330-345, para una referencia histórica en Francia del abuso de derecho.

7 Corte Imperial de Colmar, 1ra Cámara, “Doer vs. Keller”, 2 de mayo de 1855, *jurisprudente Générale par M. Dalloz*, año 1856, 2da parte, p. 10.

lo que es hoy en día el abuso de derecho. En ella, se estableció que si bien es cierto que el derecho de propiedad es un derecho que autoriza al propietario al uso y al abuso de la cosa, el ejercicio de ese derecho debe tener como límite al menos la satisfacción de un interés legítimo. En similares términos se pronunció en 1856 el tribunal de Lyon en un caso en que un vecino pretendió instalar una bomba en el subsuelo de su propiedad con la finalidad de succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar a su vecino impidiéndole el acceso a la misma. El agua no era utilizada por el propietario, sino que más bien la dejaba perder en un río.<sup>8</sup>

En nuestro país la doctrina no se ha quedado atrás, y podemos decir que ha sido abundante con relación al estudio de esta institución. En efecto, numerosos autores venezolanos a lo largo del siglo XX expusieron sus consideraciones en relación al tema, entre ellos podemos mencionar al doctor JOSÉ MARÍA DOMÍNGUEZ ESCOBAR, quien fue el primero en realizar un estudio general sobre el abuso de derecho en la Revista Jurídica en 1935. Posteriormente, RAFAEL CLEMENTE ARRAIZ, JUAN RAMÓN GONZALES BAQUERO, y más recientemente el profesor EMILIO PITTIER SUCRE han dedicado las más importantes obras relacionadas a este tema.<sup>9</sup>

Si bien es cierto que desde nuestros primeros Códigos Civiles, el legislador contempló disposiciones similares a la noción de abuso de derecho,<sup>10</sup> inclusive la Corte Suprema del Estado Zulia el 15 de Junio de 1931 aplicó la noción de abuso de derecho en un juicio que se reclamaban daños y perjuicios, basándose en el artículo 1217 (delito civil) del Código

---

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., p. 109-11.

9 ARRAIZ, Rafael, "Contribución al estudio del abuso de derecho", En: *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, Imprenta Universitaria, 1970, Vol. I, pp. 159-180; GONZALES BAQUERO, Juan Ramón, *La recepción del principio del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico venezolano*, Valencia, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, 1976; PITTIER SUCRE, Emilio, El abuso de Derecho, En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007; entre otros autores, MUCI, José, La responsabilidad extracontractual en sus principios tradicionales y la teoría del abuso de los derechos, *Boletín de la Facultad de Derecho, UCV*, N° 12.

10 Para algunos ejemplos, Cfr. VVAA, *Código Civil de Venezuela: antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina y concordancias*, Artículo 1.185, UCV, Instituto de Derecho Privado, Ediciones la Biblioteca de la Central, Caracas, 2001, p. 490.

Civil de 1922 el cual disponía lo siguiente: “Todo hecho del hombre que causa daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha sucedido el daño, a repararlo”.<sup>11</sup> En este caso, prevaleció la noción de culpa, sin hacer referencia a la noción de finalidad que manejamos hoy en día en Venezuela.

Sin embargo, es en 1930 cuando la Comisión Revisora de Códigos introdujo en el proyecto de Código Civil promulgado en 1942, una norma que consagra hasta hoy en día la teoría del abuso de derecho y que proviene directamente del proyecto franco-italiano de las obligaciones. No es sino hasta la promulgación de nuestro Código Civil de 1942 que la figura del abuso de derecho es consagrada en la ley. Como fue mencionado anteriormente, la figura del abuso de derecho había sido reconocida por algunos tribunales y algunos autores. Ahora bien, no existía como norma expresa, sino como una figura que buscábamos traer de la jurisprudencia Francesa y que como ya dijimos, se basó en algunos casos en el artículo 1217 del Código Civil de 1922 que consagraba la noción de delito Civil.

Es por esto que se puede decir que si bien existían referencias a la noción de abuso de derecho, esta figura verdaderamente nació en Venezuela a partir de 1942.

## II. REGULACIÓN Y CONCEPTO DEL ABUSO DE DERECHO EN VENEZUELA

El abuso de derecho está expresamente consagrado en la segunda parte del artículo 1.185 del Código Civil que reza lo siguiente: “... Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

Ésta disposición fue copiada íntegramente del artículo 74 del Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y contratos que disponía lo siguiente: “*Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en veu duquel ce droit lui été confère.*”

Nuestra norma, es bastante clara al referirse al abuso de derecho. Según PALACIOS HERRERA, fue redactada de ésta manera para no incurrir

---

11 GONZALES BAQUERO, op. cit., pp. 19-20.

en las críticas de PLANIOL, es decir, hablar abiertamente del abuso<sup>12</sup> como lo hace el Código Civil suizo en su artículo 2 que dispone lo siguiente: “Cada uno debe ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley.”

Ahora bien, es preciso dar una definición para poder comprender a qué se refiere o cuál es la intención de este artículo. En este sentido, vale la pena referirnos a JOSSERAND, uno de los más conspicuos expositores de esta materia en Francia, cuando señala que existe abuso de derecho cuando el ejercicio de la prerrogativa jurídica conlleva una lesión al espíritu de ese derecho. Continúa diciendo que los derechos son productos sociales que encuentran su lugar en la comunidad donde obtienen su espíritu y finalidad y es para ella y por ella que existen, cada uno de ellos tiene su razón de ser y su misión que cumplir.<sup>13</sup> ARRAIZ por su parte ha definido el abuso de derecho como:

El acto realizado en el ejercicio de un derecho objetivo, que cause daño a un interés no protegido especialmente por el ordenamiento jurídico, aunque sí protegido en forma general por aquel ordenamiento, y cuya inmoralidad o antisocialidad se demuestra mediante la inadecuación del móvil con el espíritu y objeto que inspiraron la institución.<sup>14</sup>

En pocas palabras, el uso que una persona haga de su derecho actuando de manera maliciosa o temerosa (contrario a la buena fe) puede convertirse en un abuso y por ende resultar en responsabilidad por parte de quien lo ejerce.<sup>15</sup>

En este sentido, veamos por ejemplo el caso de la famosa sentencia DOEER en Francia, en la que un vecino, actuando en los límites de su derecho de propiedad, construyó una inmensa chimenea en su casa que

---

12 PALACIOS HERRERA, Oscar, Apuntes de obligaciones, Versión taquigráfica de clases dictadas en la UCV, año 1950-51, Maracaibo, 1982, pp. 109-110.

13 JOSSERAND, Louis, *Del abuso de derecho y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogota, 1982.

14 ARRAIZ, op. cit, p. 177.

15 En este sentido, PITTIER SUCRE, op. cit, p. 587; AVELEDO, Luis Alberto, *Noción de la responsabilidad civil por razón del ejercicio de las acciones en justicia*, En: Diario el Profesional, San Felipe, año 8, Nos. 118-120, s/f, p. 350; PIERRE TAPIA, Oscar, “El abuso de derecho”, En: *Jurisprudencia del la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, 1983, pp. 5-6.

no creaba ninguna utilidad para él y que representaba un daño para su vecino, al taparle la vista y que si bien el derecho de propiedad autorizaba al titular para usar y abusar de la cosa, ese derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés legítimo, y que la moral y la equidad están en contra de una acción inspirada en la mala voluntad. Por otro lado, la sentencia CLEMENT BAYARD trató el caso de un propietario que con la intención de hacer que el vecino, dueño de un terreno donde aterrizarían dirigibles, le vendiera su finca, construyó inmensas empalizadas con terminaciones de hierro, que constituían un gran peligro para los dirigibles.<sup>16</sup>

De igual modo, LALOU reputado autor francés en esta materia, señala los ejemplos de una compañía de ferrocarriles declarada responsable por usar las locomotoras sin aparatos protectores; el caso del periodista que publica una información falsa sin verificar su exactitud; el de otra compañía ferrocarrilera que detiene un tren al nivel del cruce de la vía férrea con la calle prolongando a un automovilista.<sup>17</sup> Por último, notemos algunos casos en materia contractual; el primero puede ser el caso en que una persona exige el cumplimiento de una cláusula contractual que no representa ningún interés para el acreedor y que cause un daño al otro. Por otro lado, podemos observar el caso del comerciante que rompe intempestivamente las relaciones comerciales con un proveedor cuando existe una relación de confianza, habiendo dado muestras de que dicha relación continuaría.

### III. NATURALEZA DEL ABUSO DE DERECHO

La doctrina Venezolana y la extranjera, han creado una serie de criterios para explicar la naturaleza del abuso de derecho. Ahora bien, por razones de espacio sólo mencionaremos brevemente los dos criterios más importantes por ser los que nuestra doctrina realmente ha entrado a analizar y discutir. Del mismo modo, son los que nuestro legislador, según algunos autores, ha acogido en el Código Civil.<sup>18</sup> En este sentido:

16 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, 712.

17 VVAA, *op. cit.*, p. 511.

18 Según algunos autores como MELICH ORSINI, nuestro Código contiene únicamente el criterio finalista, mientras que para otros como PALACIOS HERRERA, el Código prevé un criterio mixto.

## 1. Criterio intencional

El criterio intencional como ya hemos mencionado, da la máxima importancia a la *animus nocendi* del agente que produce el daño en el ejercicio de su derecho subjetivo. Si bien éste no es el único requisito de la actuación del responsable, sí se considera un requisito determinante. Algunos autores le han dado una importancia tal al elemento intencional, que lo consideran como el único elemento que se debe tomar en cuenta al analizar un caso de abuso de derecho.<sup>19</sup> En Alemania, el BGB ha acogido esta posición en su artículo 226 que dice lo siguiente: “El ejercicio de un derecho no es admisible cuando ha tenido solamente por objeto dañar a otro”.

A este criterio se le han criticado dos cosas fundamentales, en primer lugar, es que al haber intención de dañar estamos frente a un caso de un simple delito civil, por lo cual, basta con aplicar las normas del hecho ilícito. En segundo lugar, se critica que en el análisis de la intencionalidad se le otorga al juez un derecho prácticamente arbitrario para decidir el caso.<sup>20</sup>

## 2. Criterio finalista

Este criterio ha sido el que ha predominado en la doctrina. Éste parte de la idea de que los derechos subjetivos deben ser ejercidos de acuerdo con la finalidad social que le atribuya un derecho objetivo al crearlos. Este criterio ha sido sostenido por JOSSE RAND<sup>21</sup> quien hace hincapié en considerar en cada caso si el derecho fue efectivamente ejercido persiguiendo un fin legítimo, caso en el cual no será abusivo, o si fue hecho sin un motivo legítimo con la intención de causar un daño a un tercero, caso en el cual será abusivo.<sup>22</sup>

Por su parte, PITTIER SUCRE se expresa en los siguientes términos:

Según esta tesis todo derecho subjetivo tiene una finalidad social; el Derecho objetivo lo concede a su titular para cumplir con un fin

---

19 En Venezuela Véase OSORIO, Oswaldo, “El abuso de los derechos”, En: *Rayas*, mayo-junio, año I, N° 5-6, 1962, p.45.

20 ARRAIZ, *op. cit.*, p. 175; PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 578.

21 JOSSE RAND, *Del abuso de derecho...*

22 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 714.

determinado y al adaptarse una persona de esa finalidad prevista por el legislador, su titular incurre en abuso de derecho.

### iii. Doctrina Venezolana

En primer lugar, el doctor PALACIOS HERRERA parece acoger un criterio mixto cuando afirma lo siguiente:

Mediante esta fórmula, al hablar de <buena fe>, el proyecto acoge el criterio intencional, pero con la segunda frase, <excediendo de los límites fijados por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho>, cae también de lleno en la concepción finalista del abuso del derecho.<sup>23</sup>

Por otro lado, el doctor MADURO LUYANDO parece inclinarse también por el criterio mixto al afirmar:

Respecto a las posiciones de doctrina se afirma que el Código Civil, al igual que el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, acoge un criterio mixto: por una parte, el criterio intencional, al decir que en el ejercicio del derecho el titular no debe exceder <los límites trazados por la buena fe>; y por la otra el criterio finalista, al añadir <o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido este derecho>.<sup>24</sup>

Por su lado, ARRAIZ también hace alusión al criterio mixto. Éste se pronuncia de la siguiente manera:

Nuestro legislador adoptó, con la redacción del segundo párrafo del artículo 1.185, un criterio mixto; vale decir, al mencionar la buena fe, toma en cuenta la intención, el punto de vista intencional clásico, y al referirse a los fines para los cuales ha sido conferido ese derecho, desemboca en el criterio finalista.<sup>25</sup>

En cambio, GONZÁLEZ BAQUERO descarta de plano, que el legislador haya acogido el criterio intencional y señala que: “Ya hemos dicho que la culpa no es exigida para que el abuso de derecho quede caracterizado y que nos adherimos a la opinión de considerarlo como una fuente autónoma, diferente del hecho ilícito”.<sup>26</sup>

23 PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 109.

24 *Ibid*, p. 715.

25 ARRAIZ, *op. cit.*, p. 178.

26 GONZÁLEZ BAQUERO, *op. cit.*, pp. 529.

Por su parte, el doctor MELICH ORSINI ha sostenido en diversas ocasiones que en Venezuela se ha acogido, en definitiva, la teoría finalista. Este autor explica que nuestro legislador al usar la buena fe, ha entendido mantenerse dentro de los límites del criterio finalista.<sup>27</sup> Obviamente, tal como lo explica en un trabajo posterior,<sup>28</sup> la buena fe a la cual se refiere

---

27 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones*, Publicaciones del centro de estudiantes de la UCV, T. II, s/f, Caracas, p. 195. Expresa este autor lo siguiente: “Se ha venido sosteniendo entre nosotros que nuestro Código, al igual que el Proyecto Franco-Italiano, ha acogido un criterio mixto: por una parte habría acogido el criterio intencional, al decir que en el ejercicio de un derecho no deben excederse ‘los límites fijados por la buena fe’, y por otra parte consagraría el criterio finalista, cuando en seguida añade: o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho’. Sin embargo, la misma elección del término “buena fe” señala precisamente que el legislador ha entendido mantenerse dentro de los límites del criterio finalista. Ejercer su derecho dentro de los límites de la buena fe significa que el titular del derecho no debe pretender más, ni el deudor podría pretender tolerarle menos, en el ejercicio de su derecho, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del derecho. Por lo demás, no debe olvidarse que el criterio finalista pretende precisamente sustituir y englobar los demás criterios propuestos, según las citadas palabras de Jossierand. Por eso nos inclinamos a pensar que nuestro Código no da muestras de vacilación respecto al criterio a adoptar, sino que simple y llanamente entendió consagrar el criterio finalista. No creemos que pueda deducirse ningún argumento en contra del simple hecho de que la disposición sobre el abuso de los derechos esté incluida en el capítulo de los hechos ilícitos, en lugar de habersele dedicado un lugar separado. Ello es conforme con la tradición jurisprudencial y doctrinaria que siempre ha visto en el abuso de los derechos un simple apartado de la responsabilidad civil extracontractual y ha acudido a la disposición que consagra la responsabilidad por hecho ilícito (equivalente a nuestro art. 1185) para fundar dicha responsabilidad. Según la opinión que venimos sosteniendo, el segundo aparte del art. 1185 C. Civil al acoger el criterio finalista, ordena al juez hacer un doble análisis antes de emitir su dictamen sobre el carácter abusivo de un acto cumplido aparentemente dentro de los contornos de un derecho definido, a saber: primero, para decidir cuál sea la función objetiva del derecho en cuestión, y segundo, para decidir si la conducta del titular del derecho revela que éste al utilizar su derecho ha obedecido a un motivo ilegítimo, desviando el derecho de su función específica “; estas mismas palabras son repetidas por el doctor Melich en un trabajo posterior sobre el abuso del derecho en el proceso Véase MELICH ORSINI, José, El abuso del derecho en el proceso, publicado en: VVAA, Homenaje a la obra de José Muci Abraham, EJV, s/f, Caracas, p. 597. Esta configuración del abuso de derecho ha sido acogida también por: LUPINI BIANCHI, Luciano, La responsabilidad precontractual en Venezuela, En RCADF, N° 19-22, 1991, Caracas, p. 92, nota 202.

28 MELICH ORSINI, José, “Los tratos y negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato”, En: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, ACPC, 2007, Caracas,

esta norma debe ser entendida en sentido objetivo y no subjetivo. Si se entienden así las cosas, se comprende el motivo por el cual los autores citados en último término admiten que puede haber abuso de derecho aún en ausencia de culpa o dolo, en sentido técnico, bastando que la conducta del agente haya sido contraria a la buena fe apreciada en sentido objetivo. En el sentido del criterio finalista se ha pronunciado también la jurisprudencia patria en sentencia de la Sala Constitucional del 20 de noviembre del 2002:

De tal manera, podemos definir el abuso del derecho como la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y al fin que persigue su otorgamiento. Debe tenerse en cuenta que el elemento principal que permite la determinación del abuso del derecho es la realización de la conducta ilegítima dentro de los parámetros objetivos de una facultad. Es precisamente, esta característica la que permite diferenciar el abuso del derecho de las otras modalidades de actos ilícitos. La titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y al valor de solidaridad que rige a nuestro ordenamiento jurídico...<sup>29</sup>

Ello explicaría además el motivo por el cual se ha hablado de la autonomía de la figura del abuso de derecho como fuente de obligaciones, respecto al hecho ilícito, el cual requeriría de la existencia de una culpa o dolo,<sup>30</sup> como veremos más adelante.

Finalmente, vale mencionar la posición del profesor PITTIER SUCRE, quien en su reciente trabajo sobre el abuso de derecho parece inclinarse al igual que los autores referidos en primer término, por el criterio mixto. En tal sentido dice:

---

p. 109-112. La distinción entre buena fe en sentido objetivo y en sentido subjetivo ya aparecía hecha por: LUPINI BIANCHI, *op. cit.*, p. 39; RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo, "La buena fe en la ejecución del contrato", En: *Libro Homenaje a Andrés Aguilar*, TSJ, Caracas, 2004, vol.II, p. 429 y ss.; Igualmente, PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 596, se adhiere al criterio de la buena fe en sentido objetivo cuando dice: "Consideramos que el artículo 1185 se refiere a buena fe objetiva, con el mismo significado que se emplea en el artículo 1160 en relación a la responsabilidad contractual."

29 TSJ/SC, 20 de noviembre de 2002n No. Exp. 02-0518 (caso: Onésimo Hernández vs. ELECENRO).

30 GONZÁLEZ BAQUERO, *op. cit.*, pp. 529; Sobre esto, pero en sentido contrario a la autonomía, véase: PITTIER SUCRE, *op.cit.*, pp. 599-600.

Pensamos que al referirse al <objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho>, el Código Civil venezolano no está acogiendo la tesis de la finalidad social de los derechos subjetivos, ni excluye los criterios de violencia, de buena fe objetiva, ni el intencional. A nuestro juicio, lo que debe entenderse es que el abuso de derecho es actuar de mala fe, con dolo, con egoísmo, sin tener en consideración los legítimos intereses de los demás, violando el contenido del derecho subjetivo ejercido, y no un criterio que implique indagar sobre una cuestión tan abstracta como es la finalidad social de los derechos subjetivos.<sup>31</sup>

En nuestra opinión, no es correcto entender que el artículo 1.185 ha acogido la concepción intencional. Como bien explica el doctor MELICH, el criterio finalista se basa en la concepción de la buena fe objetiva acogida por el legislador en el artículo 1.185 del Código Civil (criterio sostenido pacíficamente por la doctrina). En tal sentido, si el legislador ha entendido que todo aquel que se sobrepase de los límites objetivos fijados por la buena fe incurre en abuso de derecho, se entiende que los derechos subjetivos están limitados externamente por el concepto de la buena fe e internamente por la finalidad o función que el legislador acordó para cada uno de estos derecho subjetivos. De modo que, al establecer a la buena fe como límite para el ejercicio de los derechos subjetivos, automáticamente el legislador le ha conferido una finalidad a los derechos subjetivos, sin importar cuál es la intención de quien ejerce el derecho. De manera que, en nuestra opinión, el argumento del criterio intencional no deriva en la conclusión más lógica, porque dentro de la concepción objetiva de la buena fe acogida en nuestro artículo 1.185, es absolutamente irrelevante cuál es la intención de quien abusa del derecho.

Vemos pues, como han existido grandes divergencias con respecto al fundamento del abuso de derecho entre los autores que han desarrollado este tema en Venezuela. Sin embargo, pareciera que en último término, la doctrina y jurisprudencia se han inclinado por la concepción finalista del abuso de derecho.

#### **IV. EL ABUSO DE DERECHO COMO FUENTE AUTÓNOMA DE LAS OBLIGACIONES**

La afirmación de que el abuso de derecho es una fuente autónoma de obligaciones, ha sido objeto de discusión ya durante muchos años en

---

31 PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 597.

la doctrina venezolana brindando todo tipo de opiniones. En tal sentido, trataremos de hacer una breve exposición de las posiciones adoptadas por la doctrina Venezolana, con la finalidad de poder llegar a una conclusión con respecto a este punto, en base a lo que han planteado los autores más reputados en esta materia. Y en particular ver la posibilidad de afirmar que el abuso de derecho realmente constituye una figura autónoma del hecho ilícito.

Antes de referirnos a lo que ha dicho la doctrina en Venezuela, quisiéramos señalar la posición de JOSSERAND en Francia. Dicho autor, en principio, se vio un tanto renuente en aceptar la idea de que el abuso de derecho es una cosa verdaderamente distinta al hecho ilícito. Sin embargo, éste relevó tal punto de vista más adelante en su trabajo al establecer: “El acto simplemente abusivo, simplemente injustificado, se distingue del acto ilegal, el cual requiere una sanción por su ilegalidad misma sin perjuicio de la prueba de un perjuicio determinado”.<sup>32</sup> Algunos, les queda la duda de si JOSSERAND se refería realmente a una distinción entre hecho ilícito y abuso de derecho, por cuanto el término acto ilegal se puede prestar a confusiones, sin embargo, es evidente que la intención de éste, era establecer la diferencia entre estas dos figuras.

Habiendo dicho esto, empecemos por revisar lo que ha dicho nuestra doctrina al respecto. Veamos primero, lo que han dicho quienes piensan que el abuso no es una fuente autónoma. La ubicación de la figura del abuso de derecho dentro del artículo 1.185 del Código Civil, no ha hecho mas que prestarse a confusiones. Ahora bien, debemos mencionar que este escenario le ha servido a quienes no consideran el abuso de derecho como una fuente autónoma de obligaciones, para justificar que el legislador al incluir la figura dentro del artículo del hecho ilícito, precisamente tuvo la intención de que el abuso fuera una especie dentro del genero hecho ilícito. En tal sentido, existe un número considerable de autores que han venido sosteniendo que precisamente por la ubicación que nuestro legislador le ha dado a la figura del abuso -bajo la sección del Código Civil que se refiere al hecho ilícito-, la intención de éste no era considerarlo como fuente autónoma sino como una especie dentro del hecho ilícito.<sup>33</sup> A ello añaden que si el legislador la hubiese querido

32 Esta cita fue tomada de ARRAIZ, *op. cit.*, p. 164.

33 En tal sentido Véase, PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 110, dicho autor expone:

considerar como una figura autónoma, le habría dedicado una sección como lo hizo con las demás fuentes de obligaciones (Los contratos, el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa, etc).

En nuestra opinión, este argumento carece de fundamento y omite por completo el hecho de que nuestro legislador ha adoptado un criterio finalista en el artículo 1.185 del Código Civil. No es posible fundamentar una posición como ésta en una simple cuestión de forma (ubicación de la figura dentro del mismo artículo del hecho ilícito) omitiendo el verdadero sentido del artículo.

Por otro lado, hay quienes han sostenido que para que el abuso de derecho constituya una fuente autónoma de obligaciones, es necesario que éste tenga elementos y consecuencias distintas a las del hecho ilícito, de lo contrario, no podríamos hablar verdaderamente de una fuente autónoma. Quienes se basan en esta argumentación, afirman que el abuso de derecho contiene los mismos elementos que el hecho ilícito, es decir: el daño, el hecho generador de la responsabilidad (que en el hecho ilícito por hecho propio es la culpa y en las responsabilidades objetivas es el riesgo o la causalidad) y la relación de causalidad.<sup>34</sup>

En nuestra opinión, esto no es así. Si partimos de la base de que nuestro legislador ha concebido una concepción finalista en el artículo

---

“Nuestro legislador, como ustedes saben, señala las fuentes de las obligaciones en la denominación de las distintas secciones: denomina a una sección ‘contratos’, a otra ‘Enriquecimiento sin causa’, a otra ‘Pago de lo indebido’, a otra ‘Gestión de Negocios’, etc. Ahora bien, nuestro legislador no consagra ninguna sección especial al abuso de derecho, como lo hace con el enriquecimiento sin causa por ejemplo, sino que lo coloca como una norma más, en el aparte único del artículo 1.185, con lo cual está manifestando evidentemente, su criterio de que el abuso de derecho sólo constituye un caso especial del hecho ilícito”; ARRAIZ, *op. cit.*, p. 179, este autor se pronuncia en el mismo sentido cuando dice lo siguiente: “Es obvio que la influencia de Planiol, a través del proyecto franco-italiano, determinó que nuestro legislador no se atreviera a dar al abuso del derecho una posición independiente como fuente de las obligaciones, como sí lo hizo con el enriquecimiento sin causa”.

34 En tal sentido Véase PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 599-560, quien se pronuncia en los siguientes términos: “Para constituir una fuente autónoma de derecho, el abuso de derecho tendría que tener elementos y consecuencias distintas a los de las otras fuentes que dan lugar a la responsabilidad civil por hecho ilícito: el daño, el hecho generador de responsabilidad y la relación de causalidad entre ambos (...) Para nosotros es evidente que el abuso de derecho constituye un principio general que se puede deducir de la norma contenida en el aparte único del artículo 1.185 C.C

1.185 del Código Civil, es evidente que se puede configurar un abuso de derecho en ausencia de culpa como ya hemos mencionado. De manera que, el abuso de derecho no necesariamente tiene que estar conformado por los mismos elementos del hecho ilícito. Por otro lado, pareciera que quienes argumentan en este sentido, consideran que el hecho generador es el mismo en ambos casos. Esto claramente no es cierto, y para entender esto mejor, es necesario recordar que cuando se incurre en abuso de derecho, quien causa el abuso puede invocar haber obrado conforme a una disposición legal que lo autoriza para actuar de esta manera, mientras que cuando se incurre en un hecho ilícito, el agente no puede invocar en su descargo, el haber obrado conforme a una prerrogativa que tenía en su favor.<sup>35</sup> Esta idea ha sido expuesta por nuestra Sala de Casación Civil,<sup>36</sup> la cual ha sostenido que el artículo 1.185 del Código Civil contempla dos situaciones totalmente distintas, en primer lugar cuando se procede con algún derecho y en segundo cuando se abusa de un derecho. De igual forma lo ha hecho en sentencia del 24 de abril del año 2000, al establecer que: “el artículo 1.185 del Código Civil contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: la del que abusa de su derecho, y las del que procede sin ningún derecho.”<sup>37</sup>

Resumiendo, podemos ver que los principales argumentos de los que consideran el abuso de derecho como parte del hecho ilícito, son dos: (i) la ubicación dentro del artículo 1.185 (ii) los elementos de ambas figuras son los mismos.

Habiendo dicho esto, veamos brevemente lo que han dicho quienes consideran que el abuso de derecho es una fuente autónoma de obligaciones. En tal sentido, quienes han sostenido esta posición se valen en primer término del argumento de que la ubicación del abuso de derecho

35 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones...*, p. 197; GONZALES BAQUERO, op. cit., p. 35, se pronuncia en los mismos términos que nosotros cuando dice: “La asimilación del abuso de derecho a la categoría de los hechos ilícitos, no es sino el resultado de considerar el acto abusivo como una falta, una culpa: la culpa especial en que se incurre al ejercer los derechos subjetivos sin mantener la diligencia necesaria.”

36 TSJ/SC 16 de noviembre de 2001, No. Exp. 00-132 (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Coporation, expediente).

37 TSJ/ SCS 24 de abril de 2000, No. Exp. 99-928 (caso: Carlos Enrique Morales Caraballo vs. Seguros Orinoco C.A); criterio reiterado por la Sala en Sentencia del 24 de septiembre de 2003, Exp. AA-20-C-1999-921, (caso: José Calzado Maza vs. Metalmueble C.A).

dentro del artículo 1.185 del Código Civil no significa que la intención de nuestro legislador haya sido establecerlo como una especie dentro de los hechos ilícitos. Por el contrario, como bien señala GONZALES BAQUERO, tal inclusión se debe a la timidez del legislador de no irrumpir en una tendencia novedosa propuesta por las comisiones del Proyecto Franco-italiano de las obligaciones, la cual no era todavía aceptada en muchos países.<sup>38</sup>

Veamos pues la posición del precitado autor, quien considera que el abuso es realmente una fuente autónoma, pero por razones distintas a la posición predominante de la doctrina que veremos más adelante. En tal sentido, dicho autor fundamenta la independencia de la figura del abuso de derecho en la misma interpretación de las palabras del artículo 1.185 del Código Civil. En tal sentido, explica que de las palabras <Debe igualmente reparación...> se puede deducir que el legislador hace referencia claramente a una figura diferente del hecho ilícito contenido en el primer aparte del artículo. Si bien pensamos que el abuso de derecho es una fuente autónoma del hecho ilícito, no es precisamente por la razón que expone GONZALES BAQUERO.

Por otro lado, autores como MELICH ORSINI y LUPINI BIANCHI, quienes como hemos mencionado anteriormente, han sostenido el criterio finalista del abuso de derecho,<sup>39</sup> obviamente contemplan la posibilidad de abuso *sin culpa*. Es lógico que al sostener esta posición, ambos autores admitan que el hecho ilícito es una figura completamente distinta al abuso de derecho, por cuanto sus elementos no son los mismos. Esta posición ha sido referida a lo largo de este trabajo y pensamos que es la forma correcta de analizar esta la figura del abuso de derecho en nuestro ordenamiento.

En resumidas cuentas, estos son los argumentos principales que sostienen quienes afirman que el abuso de derecho es verdaderamente una fuente autónoma de obligaciones.

En nuestra opinión, el abuso de derecho efectivamente constituye una fuente autónoma de las obligaciones. En primer lugar, nos adherimos a la posición de los autores que piensan que la ubicación del abuso

38 GONZALEZ BAQUERO, *op. cit.*, p. 56.

39 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones...*, p. 195; LUPINI BIANCHI, *La responsabilidad precontractual...*, p. 92 nota 202.

de derecho en el artículo 1.185 se debe a la timidez del legislador de no modificar la norma que tomamos del Proyecto Franco-Italiano. Por otro lado, consideramos que el argumento más fuerte que se puede deducir de la discusión doctrinaria, es que el abuso de derecho no requiere de *culpa*, requisito *sine qua non* para que exista hecho ilícito. Si bien es cierto que este requisito se puede superponer, generando una situación de abuso de derecho con culpa, ésta última no es necesaria, de modo que el juez no tendrá que comprobarla para que exista un abuso de derecho.

Por último, pensamos que además de estos dos argumentos principales desarrollados por nuestra doctrina con respecto a la autonomía del abuso de derecho frente al hecho ilícito y en vista del desarrollo de la figura del abuso de derecho y su más reciente aceptación en materia contractual (que veremos más adelante), podemos añadir que un argumento adicional para el hecho de que el abuso de derecho es una figura autónoma del hecho ilícito es porque si hoy en día los tribunales están empezando a consolidar la tesis según la cual el abuso de derecho cabe tanto en el campo de los contratos como fuera de ellos, entonces, por el hecho de que dicha figura es susceptible de existir dentro de ambas esferas de responsabilidad es absolutamente lógico decir que el abuso de derecho no puede ser considerado como un hecho ilícito, ya que, es bien sabido que de dicha figura sólo puede derivarse una responsabilidad extracontractual o aquiliana. En pocas palabras, si partimos de la base de que existe en materia contractual, es imposible decir que es lo mismo que el hecho ilícito.

En nuestra opinión, este reconocimiento en materia contractual no ha hecho más que esclarecer las dudas que algunos podían tener sobre la autonomía de la figura del abuso de derecho, además de fortalecer la tesis de quienes sostenemos que el abuso de derecho es una figura completamente diferente al hecho ilícito.

## **V. PROCEDENCIA**

La doctrina ha enumerado una serie de requisitos para que proceda la figura del abuso de derecho. Así pues, hay quienes sostienen que para que podamos estar en presencia de un abuso de derecho tienen que concurrir tres elementos:

- 1.- Debe existir un daño causado por el que abusa del derecho y que éste sea experimentado por la víctima.
- 2.- Tiene que existir necesariamente un acto abusivo, entiéndase como aquel que se desvía del fin que le es propio o que el ordenamiento le ha asignado.
- 3.- Tiene que existir una relación de causalidad entre el daño y el abuso del derecho.<sup>40</sup>

A estos requisitos se añade, que el titular del derecho al ejercerlo no debe extralimitarse de su derecho subjetivo, de lo contrario estaríamos en presencia de un típico caso de hecho ilícito, y de igual forma, el abuso no debe estar previsto en la ley porque sino estaríamos también en presencia de un típico hecho ilícito.<sup>41</sup>

## VI. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO

En principio, todos los derechos son susceptibles de abuso independientemente si provienen de una relación contractual o extracontractual. Sin embargo, existen algunas excepciones a este principio, específicamente el caso de los derechos absolutos (*absolus*), indefinidos o indeterminados cuyo ejercicio no podrá jamás comprometer la responsabilidad del titular.<sup>42</sup> CHABAS lo expone en los siguientes términos, *certaines droits sont absolus; leur exercice ne peut jamais engager la responsabilité de leur titulaire*.<sup>43</sup> Estos derechos regulan la conducta del hombre y no están sometidos a ninguna norma,<sup>44</sup> son por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, de expresión. El ejercicio de estos derechos jamás podrá constituir un abuso, por el contrario, su exceso constituye un hecho ilícito.<sup>45</sup>

---

40 En este sentido Véase MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 715; GONZALES BAQUERO, *op. cit.*, pp. 30-33; OSORIO, *op. cit.*, p. 44.

41 PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 108; MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p.715; GONZALEZ BAQUERO, *op. cit.*, pp. 30-33.

42 Véase PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 571, para una clasificación que ha hecho la doctrina de los derechos subjetivos.

43 MAZEUD, H. y L., J. y CHABAS, François, *op. cit.*, p. 468; MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p.712; ARRAIZ, *op. cit.*, p. 169.

44 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 712.

45 PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 571.

Para explicar la esfera de aplicación de la teoría del abuso de derecho, la doctrina ha elaborado múltiples clasificaciones de derechos entre algunas la de JOSSERAND. En Venezuela por otra parte, la doctrina ha llegado a un consenso con relación a cuáles son los derechos susceptibles de ser abusados. En tal sentido, el profesor MADURO LUYANDO ha dividido los derechos en indefinidos o indeterminados y definidos. Los primeros como veíamos en líneas anteriores, son los llamados derechos absolutos en Francia, mientras que los segundos son aquellos tipificados y delimitados expresamente en el ordenamiento jurídico positivo, como el derecho de propiedad.

Dentro de estos últimos existen otros derechos que no son susceptibles de ser abusados, ya que su ejercicio no tiene límite, éstos son los llamados derechos discrecionales (*discrétionnaires*).<sup>46</sup> Estos derechos surgen especialmente del derecho de familia. Ese es el caso típico que señala la doctrina, del padre que puede otorgar o no autorización a su hija para salir de noche a una fiesta o el derecho que tiene el padre de otorgar su consentimiento para el matrimonio de su hija contemplado en el artículo 59 del Código Civil.

## VII. EL ABUSO DE DERECHO EN MATERIA CONTRACTUAL

Si bien cuando surgió la figura del abuso de derecho, algunos se preguntaban si se podía hablar de abuso en materia contractual, hoy en día no cabe duda de que esta figura es perfectamente aplicable a un derecho que provenga de una relación contractual. Ahora bien, algunas controversias han surgido en la doctrina producto de dicha aplicación. De este modo, algunos han llegado a preguntarse si la responsabilidad por el uso abusivo de un derecho debe colocarse dentro del ámbito de las fuentes extracontractuales de las obligaciones, aunque éste provenga de un contrato.<sup>47</sup>

46 MADURO LUYANDO, op. cit, p. 712.

47 En Francia Véase: VINEY, Genevieve, *La responsabilité: conditions*, V. IV *Del Traité de droit civil* de J. Ghestin, LGDJ, Paris, 1982, p. 228; En Venezuela Véase: LUPINI BIANCHI, Luciano, "Notas sobre la teoría de la imprevisión en derecho civil", En: *Libro homenaje a Aníbal Dominici*, Ediciones Liber, s/f, Caracas, p. 319; PITTIER SUCRE, op. cit., p. 586; GONZALES BAQUERO, op. cit, p. 210.

Comencemos por revisar cuál es la posición de algunos autores venezolanos y extranjeros con relación a la procedencia o no de esta figura en materia contractual.

En tal sentido, el doctor PALACIOS HERRERA ha sostenido que: “También puede haber abuso de derecho fuera del campo extracontractual, puede haber abuso dentro del campo contractual.”<sup>48</sup>

Del mismo modo, se expresa el doctor GONZALES BAQUERO, cuando dice:

La condición de tercero o de parte en la ejercitación de la buena fe así concebida no tendrá relevancia para los efectos de sancionar el abuso, aunque sea campo de extracontractual lo primero y contractual lo segundo, pues en ambos se fustiga el abuso.<sup>49</sup>

El doctor ARRAIZ por su parte ha dicho lo siguiente: “La teoría del abuso de derecho ha servido para fiscalizar, a través de la jurisprudencia, el ejercicio de los derechos resultantes de contratos.”<sup>50</sup>

El doctor MELICH ORSINI, por otro lado, ha dicho:

En el campo del contrato ha sido particularmente abundante la aplicación de la teoría. Se ha llegado a pensar que aún en el ejercicio del derecho que todos tenemos de negarnos a contratar se puede excepcionalmente incurrir en abuso de derecho.<sup>51</sup>

El prenombrado autor, como ejemplo de la persona que se niega a contratar cita el ejemplo del propietario del hotel que se niega a conceder hospedaje a personas de raza negra. Más recientemente este autor ha insistido en esta concepción (la ruptura intempestiva de negociaciones preliminares da lugar a un abuso de derecho).<sup>52</sup>

---

48 PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 111.

49 GONZALEZ BAQUERO, *op. cit.*, p. 60.

50 ARRAIZ, *op. cit.*, p. 171.

51 MELICH ORSINI, *Apuntes de obligaciones...* p. 189.

52 En su trabajo más reciente sobre los tratos y negociaciones dirigidos a la formación de un contrato, *op. cit.*, MELICH ORSINI transcribe algunas afirmaciones que ya había hecho en su trabajo de la doctrina general del contrato, en este sentido este autor dice: “En tal sentido, se admite que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (*culpa in contrahendo*) pueda dar derecho a una indemnización a favor de su contraparte por el daño que sea consecuencia de la defraudación de confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose.”

Adicionalmente, LUPINI BIANCHI ha dicho: “Nuestra jurisprudencia ha admitido que el ejercicio de un derecho contractual puede ser hecho en forma abusiva, dando lugar a la figura de abuso de derecho acogida por nuestro legislador en la reforma del Código Civil de 1942”.<sup>53</sup>

Sin embargo, este autor, siguiendo la doctrina de RIPERT, no concibe abuso de derecho en el caso de ruptura de los tratos preliminares, sino responsabilidad por hecho ilícito.<sup>54</sup>

Finalmente, el profesor PITTIER SUCRE en su reciente trabajo publicado en 2007 sobre el abuso de derecho, al hablar del campo de aplicación de la teoría del abuso de derecho reafirma la existencia de esta figura en materia contractual cuando expone:

El abuso de derecho puede darse también en el uso de las vías de derecho (intentar juicios, a sabiendas de ser temeraria la acción) en el ejercicio de las potestades familiares, el ejercicio de las libertades individuales y corporativas (utilizar el derecho de huelga con fines políticos) y en materia contractual, (impedir la formación de un contrato o disolución sin ningún interés legítimo).<sup>55</sup>

## VIII. FUNDAMENTO DEL ABUSO DE DERECHO EN MATERIA CONTRACTUAL.

Una vez revisada la posición de la doctrina con relación al abuso de derecho en materia contractual, es evidente que hoy en día en Venezuela se puede concebir el abuso de un derecho proveniente de un contrato siempre y cuando éste cause un daño, sea producto de un uso para el cual no fue destinado y exista una relación de causalidad. Entre otras cosas, nos parece importante destacar la procedencia de esta figura en materia contractual por la confusión a la que se ésta se puede prestar debido a la posición –ya mencionada– de algunos autores que sostienen que el abuso de derecho entra dentro de la figura del hecho ilícito. Ahora bien, es necesario preguntarnos cuál es el fundamento de dicha procedencia en materia contractual.

53 LUPINI BIANCHI, *op. cit.*, p. 131.

54 *Ibid.* Sostiene este autor lo siguiente: “En verdad, a diferencia de lo que acontece cuando ya se ha emitido una oferta (Respecto de la cual cabe hablar de un *derecho a revocarla* y por ende podría pensarse en un abuso en el ejercicio de este derecho). En la fase de las tratativas se está en un terreno fáctico, en el cual a lo sumo podría decirse que se desarrolla el derecho constitucional de libre contratación.

55 Negritas nuestras (NO HAY NEGRITAS EN LA CITA). PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 572.

En primer lugar, debemos reafirmar que en principio el abuso de derecho es aplicable al ejercicio de toda clase de derechos subjetivos. Claro está, que como hemos visto en la sección del campo de aplicación del abuso de derecho, existen algunos derechos que no son susceptibles de ser abusados, éstos son los derechos absolutos o indefinidos, o los derechos discrecionales que mencionamos anteriormente.<sup>56</sup> De lo contrario, podemos ver como desde mediados del siglo pasado se han pronunciado importantes fallos sobre el ejercicio del derecho de propiedad, de las potestades familiares, de las facultades laborales, de los derechos contractuales, etc.

Es decir, pareciera que la única limitación para la aplicación de la teoría del abuso de derecho, es que se cumplan los requisitos de procedencia propuestos por la doctrina y la jurisprudencia y que se trate de algún derecho que entre dentro del campo de aplicación de dicha teoría independientemente de que se trate de un derecho extracontractual o contractual. La verdad es que hoy en día resulta indiscutible la procedencia de la figura del abuso de derecho en materia contractual.

Como ya hemos anticipado, el verdadero problema que ha generado grandes controversias en la doctrina comparada es si la responsabilidad por el uso abusivo de un derecho debe colocarse dentro del ámbito de las fuentes extracontractuales de las obligaciones, aunque éste provenga de un contrato. En este sentido, vale la pena resaltar una sentencia de la Casación Francesa, del 11 de junio de 1953 en la cual se dijo: “que el abuso de derecho cometido en el terreno contractual o cuasi contractual genera, en todos los casos, la responsabilidad extracontractual o cuasi delictual de su autor”.<sup>57</sup> Este criterio ha sido acogido igualmente por nuestra Sala de Casación Civil en al menos dos sentencias.<sup>58</sup>

Ahora bien, este criterio acogido por algunos tribunales, ha generado una gran conmoción en la doctrina comparada, en particular podemos señalar la posición de rechazo por parte de la profesora GENEVIÈVE VI-

---

56 MAZEUD, H. y L., J. y CHABAS, *op. cit.*; MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p.712; ARRAIZ, *op. cit.*, p. 169.

57 Citada por STOFFEL-MUNCK, P. *Labus dans le contrat, Essai d'une théorie*, IJDJ, Paris, 2000, p. 106.

58 CSJ/ SCMT, Sent. 13/08/90, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1990, pp. 167-168; CSJ/ SCMT, Sent. 09/08/94, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1994, pp. 92-93.

NEY<sup>59</sup> en Francia, y en Venezuela por parte del doctor PITTIER SUCRE<sup>60</sup> en su trabajo sobre el abuso de derecho. Ambos autores sostienen que es inexplicable considerar que la aplicación del abuso de derecho en relación a los contratos esté comprendida en la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, LUPINI BIANCHI en un reciente trabajo se manifiesta en sentido contrario al sostener que esto es posible cuando dice: “el deber de comportarse de buena fe en el ejercicio de un derecho o prerrogativa contractual, es impuesto por la ley y cuando su violación se manifiesta en la forma del abuso, comporta como sanción la responsabilidad extracontractual”.<sup>61</sup>

Sobre este punto la doctrina se divide hoy en día sin acercarse a un consenso. En nuestra opinión es posible que el abuso cometido en el terreno contractual genere responsabilidad extracontractual, siempre y cuando dicho abuso provenga de un deber jurídico impuesto directamente por la ley, así sea que exista una relación contractual, por ejemplo, cuando una de las partes contratantes ha obrado de mala fe en sentido objetivo (violando un deber jurídico como puede ser el establecido en el artículo 1160 del Código Civil –los contratos deben ser ejecutados de buena fe–). Es evidente, que en un país como el nuestro donde la aplicación de la teoría del cúmulo de responsabilidades aún no se termina de admitir, la única forma en que puede haber responsabilidad extracontractual derivada de una relación contractual es diciendo que en dicha relación no se viola una obligación proveniente de la relación contractual, sino un deber jurídico establecido por la ley.

Esta posibilidad ha sido defendida recientemente en Francia por STOFFEL-MUNCK<sup>62</sup> y una sentencia de la casación del 10 de julio de 2007 parece reafirmar la diferencia entre el deber legal de obrar de buena fe y las obligaciones propiamente contractuales, lo cual ha conducido al profesor denis mazeaud a sostener que a raíz del interés manifestado expresamente por esta sentencia y por la tesis de STOFFEL-MUNCK, la tendencia jurisprudencial en

59 En este sentido, Cfr. VINEY, op. cit., p. 228.

60 PITTIER SUCRE, op. cit., sostiene este autor lo siguiente: La jurisprudencia, inclusive la más reciente, considera que la aplicación del abuso de derecho en relación a los contratos está comprendida en la responsabilidad extracontractual. Viney sostiene, a nuestro juicio con razón, que este criterio es inexplicable y criticable en cuanto al abuso de la ruptura del contrato, a menos que esta facultad no tenga su fundamento en el contrato, sino en la ley.

61 LUPINI BIANCHI, Luciano, Notas sobre la teoría de la imprevisión..., p. 319.

62 Op. cit., parágrafos 178 y ss.

el futuro será la de sostener la naturaleza extracontractual o legal de la responsabilidad del contratante que viola el deber de obrar de buena fe.<sup>63</sup>

## IX. CONSECUENCIAS DEL ABUSO DE DERECHO

Finalmente, debemos referirnos brevemente a las consecuencias del abuso de derecho, es decir, a la sanción que puede ser impuesta cuando se abusa de un derecho. Debemos recordar, que en los comienzos de la concepción de la responsabilidad civil, ésta sólo podía ser pagada de forma pecuniaria. Ahora bien, en el caso del abuso de derecho, esto cambió a partir de la sentencia DOERR y CLEMENT BAYARD, en la cual el juzgador ordenó como reparación, demoler en el primer caso, una chimenea y en el segundo una enormes empalizadas.<sup>64</sup> Vemos claramente como se substituyó por primera vez una reparación pecuniaria por una en especie.

Menciona MADURO LUYANDO en su libro, que anteriormente, autores como SALEILLES pretendía que sólo era procedente la indemnización por equivalente para reparar los daños provenientes del abuso de derecho.<sup>65</sup> Hoy en día no es discutible si se puede indemnizar en especie en casos de abuso de derecho, existe un consenso general según el cual la indemnización proveniente del abuso puede ser acordada en especie. En efecto, podemos mencionar lo que ha dicho LUPINI BIANCHI recientemente: “En efecto, frente al abuso de un derecho contractual se ha admitido la posibilidad de una reparación en especie por parte del juez”.<sup>66</sup> Igualmente, MELICH ORSINI ha dicho: “Por eso parece más razonable que el juez puede, y aún debe... acordar reparación en especie en cuanto sea posible”.<sup>67</sup> En el mismo sentido se pronuncia MADURO LUYANDO<sup>68</sup> y PITTIER SUCRE<sup>69</sup> a favor de la reparación en especie.

Habiendo visto esto, sólo nos faltaría hacer referencia a la reparación del daño moral proveniente del abuso de derecho. Si bien es cierto que

---

63 MAZEAUD, D., Nota a la sentencia de Cass. Com. del 10 de julio de 2007, publicada en *Revue des Contrats*, L.G.D.J., 2007/4, pp. 1110-1115.

64 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 716.

65 *Ibid.*

66 LUPINI BIANCHI, Notas sobre la teoría de la imprevisión..., p. 317.

67 MELICH ORSINI, Apuntes de obligaciones..., p.197.

68 MADURO LUYANDO, *op. cit.*, p. 716.

69 PITTIER SUCRE, *op. cit.*, p. 599.

en principio todo daño causado en el ejercicio abusivo de un derecho, debe ser reparado, es indispensable hacer la distinción entre el abuso que nace de una relación contractual y el que no, ya que, para poder lograr una solución en este respecto, necesariamente tenemos que acudir a las reglas que se han utilizado en Venezuela para desechar el daño moral en materia contractual. En vista de que la jurisprudencia y la doctrina no se han visto muy inclinadas a permitir la reparación de daños morales provenientes de relaciones jurídicas contractuales, es indudable que el daño moral por abuso de derechos contractuales al menos por ahora no es admisible en Venezuela.<sup>70</sup>

## X. BIBLIOGRAFÍA

ARRAIZ, Rafael, *Contribución al estudio del abuso de derecho*, En: Libro Homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, Imprenta Universitaria, 1970.

AVELEDO, Luis Alberto, “Noción de la responsabilidad civil por razón del ejercicio de las acciones en justicia”, En: *Diario el Profesional*, San Felipe, año 8, Nos. 118-120, s/f.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T XV, Nos. 2850 y ss., Paris, 1908.

Corte Imperial de Colmar, 1ra Cámara, “Doer vs. Keller”, 2 de mayo de 1855, *jurisprudente Générale par M. Dalloz*, año 1856, 2da parte.

CSJ/ SCMT, Sent. 13/08/90, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1990.

CSJ/ SCMT, Sent. 09/08/94, JPT/CSJ, agosto/septiembre 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

GONZALES BAQUERO, Juan Ramón, *La recepción del principio del abuso de derecho en el ordenamiento jurídico venezolano*, Valencia, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, 1976.

JOSSERAND, Louis, *Del espíritu de los deberes y de su relatividad*, 1927.

JOSSERAND, Louis, *Del abuso de derecho y otros ensayos*, Editorial Temis, Bogota, 1982.

---

70 En este sentido véase GONZALEZ BAQUERO, op. cit., pp. 31-32.

- LAURENT, Françoise, *Principes de droit civil française*, T. VI, No 1401, Paris, 1893.
- LUPINI BIANCHI, Luciano, «La responsabilidad precontractual en Venezuela», En *RCADF*, N° 19-22, 1991, Caracas.
- LUPINI BIANCHI, Luciano, “Notas sobre la teoría de la imprevisión en derecho civil”, En: *Libro homenaje a Aníbal Dominici*, Ediciones Liber, s/f, Caracas.
- Novísimo Digesto italiano, Gaio, 50,17,55, Libro II, de testamento al edicto Urbano.
- MADURO LUYANDO, Eloy, *Curso de obligaciones derecho civil III*, UCAB, 3° edición, Caracas, 1975.
- MAZEAUD, Denis, nota a sentencia de la Casación del 10 de julio de 2007, publicada en *Revue des Contrats*, L.G.D.J., 2007/4.
- MAZEUD, Henri y Léon, MAZEAUD, Jean y CHABAS, François, *Lecons de Droit Civil, Obligations théorie générale*, 8° édition, T. II, I V., Paris, Montchrestien, 1997, por François Chabas.
- MELICH ORSINI, José, *Apuntes de obligaciones*, Publicaciones del centro de estudiantes de la UCV, T. II, s/f, Caracas.
- MELICH ORSINI, José, “El abuso del derecho en el proceso”, publicado en: VVAA, *Homenaje a la obra de José Muci Abraham*, EJV, s/f, Caracas.
- MELICH ORSINI, José, “Los tratos y negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato”, En: *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, ACPC, 2007, Caracas.
- MUCI ABRAHAM, José, *La responsabilidad extracontractual en sus principios tradicionales y la teoría del abuso de los derechos*, Boletín de la Facultad de Derecho, UCV, N° 12.
- OCHOA, Oscar, “usencia de Abuso de Derecho en el Ejercicio de un Derecho Contractual”, En: *Revista de Derecho Mercantil*, Año 7 y 8, enero-diciembre, 1989.
- OSORIO, Oswaldo, “El abuso de los derechos”, En: *Rayas*, mayo-junio, año I, N° 5-6, 1962.

- PALACIOS HERRERA, Oscar, *Apuntes de obligaciones*, Versión taquigráfica de clases dictadas en la UCV, año 1950-51, Maracaibo, 1982.
- PIERRE TAPIA, Oscar, “El abuso de derecho”, En: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, 1983.
- PITTIER SUCRE, Emilio, “El abuso de Derecho”, En: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado Público de Derecho Civil Francés*, Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire du droit civil*, T. II, Nos. 870 y ss., Paris, 1911.
- RIPERT, Georges, *La regla moral en las obligaciones civiles*, 1927.
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- RODRÍGUEZ MATOS, Gonzalo, *La buena fe en la ejecución del contrato*, En: Libro Homenaje a Andrés Aguilar, TSJ, Caracas, 2004, vol.II.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LJDJ, Paris, 2000.
- TSJ/ SCS 24 de abril de 2000, No. Exp. 99-928 (caso: Carlos Enrique Morales Caraballo vs. Seguros Orinoco C.A).
- TSJ/SC 16 de noviembre de 2001, No. Exp. 00-132 (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A., contra Microsoft Coporation, expediente).
- TSJ/SC, 20 de noviembre de 2002n No. Exp. 02-0518 (caso: Onésimo Hernández vs. ELECENTRO).
- TSJ/SCS 24 de septiembre de 2003, Exp. AA-20-C-1999-921, (caso: José Calzado Maza vs. Metalmueble C.A).
- VINEY, Genevieve, *La responsabilité: conditions*, V. IV del *Traité de droit civil* de J. Ghestin, LGDJ, Paris, 1982.
- VVAA, *Código Civil de Venezuela: antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina y concordancias*, Artículo 1.185, UCV, Instituto de Derecho Privado, Ediciones la Biblioteca de la Central, Caracas, 2001.



# El derecho de desistimiento del consumidor

Enrique Urdaneta Fontiveros\*

## RESUMEN

El derecho de desistimiento del consumidor es un remedio especial que excede de los mecanismos de defensa tradicionales del Derecho Privado. En tal sentido, ese derecho encuentra su justificación en la necesidad de proteger al consumidor que es la parte contratante que ocupa una clara situación de inferioridad y vulnerabilidad en la relación de consumo.

### Palabras Clave:

Derecho del Consumidor, derecho de desistimiento, contratos de consumo

## Abstract:

The right to desist of the consumer is a special remedy that exceeds traditional mechanisms of defense of civil law. Consumers are normally in a situation of inferiority and vulnerability with respect to sellers in commercial transactions. In this sense, the right to desist is founded on the need to protect consumers as the weaker contracting party.

### Key Words:

consumer's rights, right to desist, consumption contracts.

## I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.141 (ordinal 1º) del Código Civil, el primero de los requisitos esenciales para la existencia del contrato es el consentimiento de las partes. Ese consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre. Para la validez del contrato se requiere que las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes sean libremente emitidas y que ellas actúen con conocimiento de causa.

Tradicionalmente, la protección de ese consentimiento se ha logrado a través de la teoría de los vicios del consentimiento. Así, el contratante cuyo consentimiento haya sido otorgado como consecuencia de un error

\* Profesor de Derecho Civil III ("Obligaciones") en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

excusable, o sorprendido por dolo o bajo el influjo de la violencia, puede invocar ese vicio para impugnar el contrato (Código Civil, artículos 1.146-1.154 y 1.346)<sup>1</sup>.

En los contratos de compra-venta y arrendamiento, el comprador y el arrendatario disponen de una garantía adicional específica, a saber, el saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada (Código Civil, artículos 1.518-1.525 y 1.587)<sup>2</sup>.

Ahora bien, hoy día este mecanismo tradicional de protección de la sanidad del consentimiento, sin duda, se ve afectado por las nuevas circunstancias, modalidades y técnicas de contratación, en las cuales destaca, como sujeto digno de protección especial, el consumidor<sup>3</sup>.

Es un hecho fácilmente constatable que las exigencias actuales del tráfico de los bienes y servicios han transformado el esquema clásico de perfeccionamiento del contrato. Ello se debe fundamentalmente a dos factores: 1) el desequilibrio cada vez mayor de las partes contratantes; y 2) la reducción del tiempo de formación del contrato<sup>4</sup>.

Así, al contratante que no prestaba su consentimiento sino después de largas y detalladas conversaciones y negociaciones, ha sucedido el consumidor, quien se encuentra frecuentemente constreñido a adherirse rápidamente a la oferta del proveedor predisponente del contrato a quien le resulta fácil desviar la atención del otro contratante de las estipulaciones que le sean desfavorables. Piénsese en el caso de las ventas a domicilio: el consumidor se ve muchas veces sorprendido en su intimidad por un vendedor cuyo único objetivo es vender el mayor número de productos, utilizando para ello cualquier medio a su alcance. El vendedor le presenta

---

1 Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 83. Caracas, 2009.

2 Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Vicios Redhibitorios y Saneamiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 73. Caracas, 2008.

3 *Cfr.* BAILLOD, R.: "Le droit de repentir" en *Revue trimestrielle de droit civil*. París, 1984. p. 229.

4 *Cfr.* BOYER, Yves: *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*. Aix-Marseille, 1978. p.p. 32-33; BIANCA, C. Massimo: *Derecho Civil*. Vol. 3. (El contrato). Traducción castellana de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, 2007. p.p. 415-418.

un objeto sobre el cual le da muchas veces informaciones incompletas, sin darle ni siquiera la posibilidad de que lo compare con otros semejantes. El consumidor, seducido por el vendedor, o simplemente, por deseo de librarse de éste, termina adquiriendo un bien. Luego se da cuenta de que el mismo no responde a sus expectativas. Ante esta situación, ¿cómo puede reaccionar?<sup>5</sup>

De acuerdo con el Derecho civil, el consumidor podría acudir a los remedios tradicionales a los cuales se acaba de hacer alusión. Sin embargo, estos remedios son, sin duda, insuficientes.

En cuanto a los vicios del consentimiento, cabría pensar en la acción de nulidad por dolo. Sin embargo, esta solución no es siempre factible. En primer lugar, tropieza con las dificultades inherentes a la prueba del dolo. En efecto, ante la ausencia de testigos ¿cómo demostrar que el vendedor le ha suministrado al consumidor, a sabiendas, una información inexacta (*dolo positivo*) o incompleta (*reticencia dolosa*)? Pero adicionalmente esta solución se enfrenta con la necesidad de distinguir entre el *dolus bonus* y el *dolus malus*<sup>6</sup>.

Ciertamente, en la legislación de protección al consumidor hay la tendencia a reprimir aun el *dolus bonus*. Esta orientación se pone de manifiesto en el artículo 58 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LEDEPABIS)<sup>7</sup> que califica de falsa o engañosa la publicidad que incluya cualquier tipo de información o

5 Al respecto, véase: LLOBET I AGUADO, Joseph: “El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991 del 21 de noviembre de 1991 sobre protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales” en *Revista General de Derecho* N<sup>os</sup> 604-605. Valencia, 1995. p. 144.

6 Tradicionalmente se entiende por *dolus bonus* aquellas alabanzas o afirmaciones exageradas que hace un vendedor respecto de la mercancía que desea vender y de las cuales puede perfectamente defenderse cualquier persona con un mínimo de sentido común; se trata pues de afirmaciones excesivas toleradas en el tráfico comercial. En cambio, el *dolus malus* es el dolo propiamente dicho que supone la intención de provocar un engaño en la víctima, presentándole circunstancias falsas o suprimiendo o alterando las verdaderas, con el objeto de inducirle a celebrar un contrato. Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error, el dolo...* cit. p.p. 180-182.

7 La Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios fue publicada en la Gaceta Oficial N<sup>o</sup> 39.358 de fecha 1<sup>o</sup> de febrero de 2010.

comunicación de carácter comercial en la que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir al engaño, error o confusión de las personas en relación con las circunstancias indicadas en esa disposición.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 *ejusdem*, si el proveedor de bienes o servicios irrespeta los términos, condiciones o modalidades conforme a los cuales los mismos hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos, el consumidor puede exigir el cumplimiento de la obligación en los términos de lo ofrecido, aunque el contenido de la publicidad de los productos, actividades o servicios no figure expresamente en el contrato celebrado. Esta previsión del artículo 18 de la LEDEPABIS no debe excluir la sanción propia del dolo, es decir, la posible anulación del contrato y los daños y perjuicios correspondientes, o solamente estos últimos si el consumidor opta por el mantenimiento del contrato (LEDEPABIS, artículo 8, numeral 6).

Por lo que respecta al saneamiento por vicios ocultos, hay que tener en cuenta que para que estos puedan dar lugar a la acción redhibitoria o a la acción *quantum minoris* es necesario que hagan a la cosa vendida impropia para el uso a que se la destina, o disminuyan de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado un precio menor por ella (Código Civil, artículo 1.518). Ahora bien, como fácilmente puede apreciarse, ante las nuevas técnicas, características y modalidades de la contratación comercial, no es nada fácil satisfacer estas exigencias.

Dada la insuficiencia de los remedios tradicionales, hay que buscar nuevas fórmulas que garanticen la integridad del consentimiento prestado por el consumidor.

En primer lugar, se debe procurar que la información que reciba el consumidor sea completa y lo más objetiva posible. Ahora bien, la exigencia de una información clara y completa que permita formar correctamente el consentimiento del consumidor, es insuficiente para garantizar su protección si no se le concede un tiempo adecuado para reflexionar. Pocas veces el proveedor entrega, con carácter previo, a sus eventuales clientes un ejemplar del contrato propuesto, a fin de que estos puedan reflexionar antes de prestar un consentimiento definitivo. Muchas veces el consumidor no dispone para leer el contrato más que de

algunos instantes, bajo la mirada escrupulosa del proveedor que espera la firma, por lo que corre el riesgo de firmar sin haber leído o, cuando menos, sin haber comprendido los términos y condiciones del contrato que está celebrando<sup>8</sup>.

Por ello, para obtener un consentimiento lo suficientemente reflexionado, se abren dos vías: la primera conduce a imponer un período de reflexión antes de que el contrato se perfeccione. Este período de tiempo impide que el consumidor exprese un consentimiento precipitado. Se entiende por *período de reflexión* el lapso temporal que debe transcurrir desde el momento en que la oferta se dirige a la otra parte, hasta aquel en que el contrato queda definitivamente perfeccionado.

La segunda vía conduce a ofrecer al consumidor un período de reflexión después de la firma del documento contractual, para permitirle desistir o retractarse del mismo<sup>9</sup>. El *derecho de retractación* o *derecho de desistimiento* es la facultad de que goza, durante un determinado tiempo el destinatario de la oferta, para revocar su aceptación<sup>10</sup>. Este es el enfoque que sigue la LEDEPABIS.

8 Al respecto, véase: CALAIS-AULOY, Jean: *Droit de la consommation*. París, 1988. p. 146.

9 Cfr. MIRABAIL, Solange: *La Rétractation en Droit Privé Français*. L.G.D.J. París, 1997. p. 129. Acerca de las ventajas que ofrece cada uno de los sistemas citados en el texto, véase: BERNARDEAU, V.L.: "Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble" en *Juris Classeur Périodique*, 2000. Édition Générale I. p. 218 y ss.; HUET, Jérôme: "Les principaux contrats spéciaux" en *Traité de Droit Civil* sous la direction de Jacques Ghestin. L.G.D.J. París, 2001. p.p. 122-123; RZEPECKI, Nathalie: *Droit de la Consommation et Théorie Générale du Contrat*. Presses Universitaires D'Aix Marseille-Puam, 2002. p.p. 84-102.

10 En el Derecho comunitario europeo la facultad de retractación va alcanzando una mayor expansión como lo prueba su consagración en las Directivas de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) N°s 85/577CEE del 20 de diciembre de 1985 sobre la protección de los consumidores en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales; 94/47/CE del 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo que concierne a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la seriedad de información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; 2002/65/CE del 23 de septiembre de 2002 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; 2008/122/CE del 14 de enero de 2008

## II. CONSAGRACIÓN LEGAL

El derecho de desistimiento del consumidor está establecido en el artículo 73 de la LEDEPABIS que dice textualmente lo siguiente:

Derecho de retractarse

Artículo 73. Las personas tendrán derecho a retractarse del contrato de adhesión por justa causa, dentro de un plazo de siete días contados a partir de la firma del mismo o desde la recepción del producto o servicio. En el caso que ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes, a partir la manifestación de la usuaria o usuario.

En aquellos casos en que el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, podrá serle descontado del monto a ser restituido, los gastos en que haya incurrido a la proveedora o proveedor en su entrega o instalación, que consten en presupuesto o factura.”

Esta disposición consagra un derecho de resiliación unilateral del contrato que le permite al consumidor o usuario –no así a la otra parte contratante–, por justa causa, desistir y, por ende, desligarse del contrato de adhesión perfeccionado, mediante un acto de voluntad notificado al proveedor predisponente. En este trabajo denominaremos *derecho de desistimiento o de retractación* a esa facultad de arrepentimiento unilateral que la LEDEPABIS le otorga al consumidor.

## III. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR DESISTIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES

La atribución a determinados contratantes de la posibilidad de poner fin a una relación contractual ya perfeccionada por su sola voluntad (incluso, sin necesidad de justificar su decisión) no constituye una novedad en nuestro Derecho.

Por un lado, nada impide que una de las partes (o ambas, cada una por su lado) pueda reservarse en el contrato la facultad de ponerle

---

sobre protección a los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

fin o de modificarlo por su sola voluntad. Pese a no existir en nuestro ordenamiento una disposición equivalente al artículo 1.373 del Código Civil italiano<sup>11</sup>, ni estar expresamente señalado el desistimiento unilateral en el artículo 1.282 del Código Civil, se advierte que tal facultad puede reconocerse en el contrato a una de las partes, y entonces se considera como causa de extinción de la relación contractual. Ese tipo de cláusula suele incluirse en algunos contratos de ejecución continuada o periódica tales como los de arrendamiento. Es usual cuando el arrendatario es un agente diplomático o una oficina gubernamental extranjera incluir esta cláusula en los contratos de arrendamiento. Además, en el campo de la contratación con los consumidores, hemos visto que se realizan ofertas con la coetilla “si no queda satisfecho le devolvemos el dinero”. Esta cláusula se incluye en la publicidad de algunos productos y, de hecho, en la generalidad de los casos, no se plantean problemas cuando el cliente pretende la devolución del producto y la recuperación del dinero pagado.

Pero adicionalmente, en nuestro Derecho de obligaciones, hay casos en los cuales la propia ley le reconoce a uno de los contratantes – o incluso a ambos – la facultad de poner fin al contrato por su sola voluntad, como son: 1) la disolución de la sociedad por tiempo ilimitado por voluntad de una de las partes (Código Civil, artículo 1.677); 2) el contrato de arrendamiento por tiempo indeterminado que puede deshacerse por la voluntad de cualquiera de las partes (Código Civil, artículo 1.615); 3) el contrato de obras donde el propietario puede desistir de la obra por su sola voluntad indemnizando al contratista (Código Civil, artículo 1.639); 4) el contrato de mandato donde el mandante puede revocar el mandato siempre que quiera y donde el mandato se extingue por renuncia del mandatario en cualquier tiempo (Código Civil, artículos 1.704 <ords. 1º y 2º>, 1.706 y 1.709).

---

11 El artículo 1.373 del *Codice* dice textualmente: “Desistimiento unilateral (*Recesso*). Si a una de las partes se le hubiese atribuido la facultad de desistir (*recedere*) del contrato, tal facultad podrá ser ejercitada mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución. En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercitada también posteriormente, pero el desistimiento (*recesso*) no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución. Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por el desistimiento (*recesso*), esta tendrá efecto cuando la prestación se haya ejecutado. En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario.”

El fundamento de esta facultad – que, de alguna manera, constituye una excepción al principio de la fuerza obligatoria del contrato<sup>12</sup> – es variado y distinto según los casos. A veces se funda en la confianza que está en la base de ciertos contratos como es el caso del mandato, o en el interés en evitar vinculaciones indefinidas o perpetuas, como en el caso del contrato de sociedad por tiempo ilimitado, o en el interés preponderante de uno de los contratantes, como en el caso del contrato de depósito o del contrato de obras, o en beneficio de ambas partes, como ocurre en los contratos por tiempo indeterminado de arrendamiento o de trabajo<sup>13</sup>.

Pero también existen casos en los cuales la atribución de la facultad de desistir del contrato responde a la necesidad de tutelar especialmente a una de las partes contratantes, dadas las circunstancias en que este se ha celebrado. Este es el caso del derecho de desistimiento previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS que le da al consumidor o usuario la posibilidad de declarar extinguido el contrato de adhesión ya celebrado invocando una justa causa que fundamente su decisión, durante un breve plazo de tiempo posterior a la firma del contrato o a la recepción del producto. El derecho de retractación constituye, sin duda, una pieza clave en el sistema general de protección al consumidor establecido por la LEDEPABIS<sup>14</sup>.

---

12 Cfr. LARROUMET, Christian: *Teoría General del Contrato*. Vol. II. Traducción castellana de Jorge Guerrero R. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1999. p. 5.

13 Cfr. D'AVANZO, W.: Voz "Recesso" (Diritto Civile) en *Novissimo Digesto Italiano* diretto da A. Azara e E. Eula. Vol. XVI. U.T.E.T. Torino, 1967. p.p. 1028-1029; GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: Voz "Recesso" (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXXIX. Aresse Giuffrè. Milano, 1988. § 1. Consultada en versión electrónica (DVD); RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1991. p.p. 192-193; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Quinta Edición. Primera Reimpresión. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. N° 61. Caracas, 2012. p. 435.

14 Al respecto, en la doctrina francesa, véase: BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 233; MIRABAIL, Solange: *op. cit.* p.p. 129-136. En la doctrina italiana, véase: FRANZONI, M.: "Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale (arts. 1372-1373)" en *Il Codice Civile Commentato*. Vol. I. diretto da P. Schlesinger. Giuffrè Editore. Milano, 1998. p. 353; RAVERA, Enrico: *Il recesso*. Giuffrè Editore. Milano, 2004. p. 449. En la doctrina española, véase: BELUCHE RINCÓN, Iris: *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. p. 43.

En todos estos casos de arrepentimiento unilateral se observa un uso indiscriminado por parte del legislador de expresiones variadas, que no siempre deben ser consideradas correctas desde el punto de vista técnico-jurídico<sup>15</sup>. El Código Civil muchas veces utiliza indistintamente términos diferentes como “desistimiento unilateral”, “revocación”, “renuncia” o “denuncia” para referirse al mismo fenómeno; términos estos que en ocasiones se usan también – lo que agrava el problema – para referirse a fenómenos distintos a la facultad unilateral de terminar el contrato. Así, según el artículo 1.485 del Código Civil “si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en su totalidad, la venta es inexistente. Si solo ha perecido parte de la cosa, el comprador puede elegir entre desistir del contrato o pedir la parte existente, determinándose su precio por expertos”. Pese a sus términos, esta disposición no consagra un caso de desistimiento, ya que lo que fundamenta la facultad del comprador es la imposibilidad originaria de dar cumplimiento al contrato<sup>16</sup>.

En una impropiedad similar se incurre en el artículo 18 de la LE-DEPABIS según el cual “si el proveedor o proveedora incumpliere con las obligaciones antes mencionadas, las personas tendrán el derecho de exigir el cumplimiento de lo ofrecido o desistir de la compra o de la contratación del servicio, quedando el proveedor o proveedora obligado u obligada a rembolsar el pago recibido en los términos establecidos en esta ley”. No obstante el empleo del término desistir, esta disposición no consagra una facultad de desistimiento ya que lo que justifica la decisión del consumidor es el incumplimiento del contrato por parte del proveedor. Por lo cual, se trata de un supuesto de resolución *ex* artículo 1.167 del Código Civil. La especialidad del artículo 18 de la LEDEPABIS estriba en que la oferta y los documentos publicitarios y promocionales (incluidos en carteles publicitarios, folletos o anuncios por cualquier otro medio de comunicación) adquieren fuerza obligatoria y su contenido es exigible por los consumidores o usuarios aun cuando no figure expresamente en el contrato celebrado con el proveedor.

Ciertamente, es difícil utilizar una denominación que comprenda a todas las situaciones en las cuales la ley le otorga a uno de los contratantes o a ambos la facultad de dar por terminado el contrato por su

15 Cfr. MIRABAIL, Solange: *Ibidem*. p.p.4-6; RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p. 102.

16 Cfr. RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *op. cit.* p.p. 66-67.

sola voluntad. Quizás en castellano el término que puede utilizarse es el de *desistimiento* como lo propone en la doctrina nacional Benito Sansó y que corresponde al vocablo italiano *recesso*, pero muy bien podría ser otro, como *resiliación*, del francés *résiliation*, propuesto por los hermanos Mazeaud, o *arrepentimiento unilateral* utilizado en la doctrina nacional por Mélich-Orsini, o *retractación* propuesto en la doctrina francesa por Mirabail y utilizado en el artículo 73 de la LEDEPABIS. En cualquier caso esta es una materia donde falta una claridad de conceptos tanto en la ley, como por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Por nuestra parte, como indicamos poco antes, utilizaremos las denominaciones retractación o desistimiento para designar a la figura objeto de nuestro estudio, por ser el primero el vocablo empleado por el legislador y por estar el segundo reconocido por el uso forense. Pero antes indicaremos las principales diferencias existentes entre el desistimiento consagrado en el artículo 73 de la LEDEPABIS y otros medios de terminación de los contratos.

#### **IV. DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS**

El derecho de desistimiento o de retractación previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS guarda estrechas relaciones con otros medios de terminación de los contratos, como la revocación, la resolución y la rescisión de los que conviene diferenciarlo. Asimismo, conviene distinguir entre el derecho de desistimiento que la LEDEPABIS le reconoce al consumidor y el clásico derecho de desistimiento de la teoría general de las obligaciones que recoge el Código Civil.

##### **1) Desistimiento y revocación**

1. La revocación es una causa sobrevenida de ineficacia de un negocio jurídico válido y perfecto, por voluntad de su otorgante; y se reserva para los negocios jurídicos unilaterales, como el testamento, o los contratos unilaterales gratuitos, como la donación<sup>17</sup>. El desistimiento que

---

17 Cfr. ROMANO, Salvatore: *La revoca degli atti giuridichi privati*. Padova, 1935 p.p. 6 y ss. y 188 y ss.; ROMANO, Salvatore: Voz "Revoca" (Diritto Privato) en *Novissimo Digesto Italiano* Vol. XV. Torino, 1968. p.p. 812-817. Acerca de las diferencias entre

consagra el artículo 73 de la LEDEPABIS es un medio de terminación de los contratos de adhesión entre proveedores y consumidores y se aplica, por tanto, a los contratos bilaterales como la compra-venta de bienes y la prestación de servicios.

2. La revocación puede ser *ad nutum*, como en el caso del testamento, o por las causas que señala la ley, como en el caso de la donación. En cambio, el desistimiento consagrado en la LEDEPABIS requiere siempre la expresión de una justa causa.

3. La revocación, en principio, solo opera hacia el futuro, no afecta las prestaciones cumplidas con anterioridad a esa revocación, prestaciones que son válidas y producen todos sus efectos<sup>18</sup>. En cambio, los efectos del desistimiento del contrato de adhesión se retrotraen al momento de la perfección del contrato (efectos *ex tunc*). Por consiguiente, si el consumidor ejercita el derecho de retractarse del contrato celebrado, este deviene ineficaz *ex tunc* con efectos retroactivos, debiendo el consumidor reintegrar la cosa recibida y el proveedor el precio, con lo cual las partes vuelven a la situación en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato (*infra*, N° X,1).

## 2) Desistimiento y resolución

1. La resolución es la terminación de un contrato bilateral motivada por el incumplimiento culposo de una de las partes (Código Civil, artículo 1.167)<sup>19</sup>. En cambio, el desistimiento no depende del incumplimiento culposo por parte del proveedor y le permite al consumidor poner fin al contrato, independientemente de que el proveedor haya cumplido o no con las obligaciones que le impone el contrato de adhesión celebrado.

---

revocación y desistimiento, véase: LUMINOSO, A.: *Il mutuo dissenso*. Milano, 1980. p. 50. En la doctrina nacional, Benito Sansó afirma que la revocación es incompatible con los contratos bilaterales que pueden extinguirse por mutuo consentimiento de las dos partes (*disolución*), pero no por revocación unilateral de una de ellas (SANSÓ, Benito: *La revocación en el derecho privado <con especial referencia a la revocación de las disposiciones testamentarias>*. Universidad Central de Venezuela. Colección Tesis Doctoral. N° 1. Caracas, 1970. p. 30)

18 *Cfr.* ROMANO, Salvatore: *La revoca...* cit. p. 371; SANSÓ, Benito: *Ibidem*. p.p. 97-99.

19 En relación con la resolución del contrato, en la doctrina nacional, véase: MÉLICH-ORSINI, José: *La resolución del contrato por incumplimiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios N° 59. Caracas, 2003.

2. La resolución no depende de la sola voluntad de una de las partes, sino que es motivada por el incumplimiento culposo de la otra parte. En cambio el desistimiento pone fin al contrato por voluntad unilateral del consumidor.

3. Como principio de carácter general, los efectos retroactivos de la resolución se producen tanto entre las partes como con respecto a los terceros. En cambio, la terminación del contrato de adhesión por el desistimiento del consumidor no afecta los derechos de los terceros, como, por ejemplo, los terceros sub-adquirentes o los acreedores del consumidor.

### 3) Desistimiento y rescisión

1. La rescisión en un medio de terminación de los contratos que se produce en caso de lesión. La lesión resulta de una desproporción existente entre las prestaciones de las partes en el momento de la celebración del contrato<sup>20</sup>. La rescisión le permite a la parte afectada por la prestación lesiva pedir la terminación del contrato, en los casos expresamente autorizados por la ley (Código Civil, artículo 1.350)<sup>21</sup>. El desistimiento no tiene nada que ver con la desproporción existente entre las prestaciones de las partes del contrato de adhesión, en detrimento del consumidor. Es un medio de terminación del contrato que le permite al consumidor poner fin al contrato por su voluntad unilateral, si existe una justa causa que fundamente su decisión, independientemente de que su prestación resulte desproporcionada o no en relación con la prestación del proveedor.

---

20 Cfr. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les Obligations*. Dalloz. París, 2005. p.p. 320-321.

21 La doctrina nacional es conteste en el sentido de que la *rescisión por causa de lesión* es un remedio excepcional que solo puede invocarse en los casos expresamente contemplados por la ley, en ningún otro. Al respecto, véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2006. p.p. 315-316, MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. p.p. 757-758; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General...* cit. p. 145. Para un análisis de los supuestos de lesión expresamente previstos en la legislación venezolana, véase: RODNER, James Otis: *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, 2005. p.p. 644-667.

2. La rescisión es un medio subsidiario de impugnación de los contratos que solo opera a falta de otro recurso capaz de colocar a las partes en situación de equilibrio. El desistimiento del contrato de adhesión por parte del consumidor no tiene carácter subsidiario. El consumidor puede retractarse independientemente de que tenga o no a su disposición otros recursos para impugnar el contrato de adhesión (*infra*, N° X I).

3. Al igual que ocurre en el caso de que el consumidor se retracte del contrato de adhesión celebrado, el efecto fundamental que se produce en el caso de rescisión por lesión es la obligación de las partes de devolverse las prestaciones recíprocas que han recibido. Cabe anotar, sin embargo, que la rescisión por lesión, con estos efectos, solo se produce en Venezuela en los casos de partición de herencia, partición de la comunidad y en la liquidación de sociedades. En los demás casos de lesión previstos en la ley, solo se puede pedir la revisión de las prestaciones o, en su caso, los daños y perjuicios<sup>22</sup>.

#### **4) Desistimiento del contrato por el consumidor y desistimiento previsto en el Código Civil**

Existen diferencias importantes entre el clásico derecho de desistimiento como medio de terminación unilateral de algunos contratos que recoge el Código Civil y el derecho de desistimiento o de retractación del contrato de adhesión por el consumidor que consagra el artículo 73 de la LEDEPABIS. A continuación indicamos los principales rasgos diferenciales.

1. El desistimiento es la facultad atribuida a una de las partes de poner fin al contrato por su sola voluntad. Es un medio de terminación de determinados contratos por voluntad unilateral de una de las partes. La terminación del contrato, como regla general, opera por una declaración unilateral de voluntad ejercitable *ad nutum*, es decir, no requiere para su ejercicio la expresión de una justa causa<sup>23</sup>. La facultad de terminación de

22 Cfr. RODNER, James Otis: *Ibidem*. p. 639.

23 En la moderna doctrina italiana Caringella y De Marzo distinguen entre el desistimiento (*recesso*) ordinario o *ad nutum* que atribuye al contratante la facultad de desligarse unilateralmente del contrato y el desistimiento extraordinario que requiere la expresión de una justa causa y que solo opera en los contratos a tiempo determinado (CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe: *Manuale di Diritto Civile* (Vol. III). Il Contratto. Giuffrè Editore. Milano, 2008. p.p.1044-1048).

la relación obligatoria es, en principio, enteramente libre. El contratante ejerce su derecho de poner fin al contrato sin necesidad de motivar su decisión o ampararse en una justa causa<sup>24</sup>. En cambio, el ejercicio del derecho de desistimiento que consagra la LEDEPABIS está sujeto a la expresión de una justa causa. El consumidor solo puede retractarse del contrato de adhesión cuando media una *justa causa* que fundamente su decisión (LEDEPABIS, artículo 73). La facultad de poner fin al contrato no queda sujeta al libre arbitrio o determinación del consumidor, sino que tiene que ampararse en una circunstancia que lo justifique (*infra*, N° VIII,5). No es ejercitable *ad nutum*.

2. En algunos casos la ley requiere para el ejercicio del derecho de desistimiento el cumplimiento de un preaviso (contrato de trabajo); en otros casos quien desiste del contrato tiene que pagar a su co-contratante una indemnización pecuniaria o resarcirle los daños y perjuicios que el desistimiento le produzca (contrato de obras), de manera que la parte que soporte el ejercicio de esta facultad quede indemne. En cambio, el derecho de desistimiento que tiene el consumidor no requiere el cumplimiento de estos requisitos: el consumidor tiene derecho de poner fin al contrato de adhesión celebrado dentro del plazo que señala la ley, sin tener que indemnizar al proveedor. El ejercicio de este derecho es, además, gratuito para el consumidor y no puede acarrearle penalidad alguna (*infra*, N°s VIII,7 y IX,6).

---

En el mismo sentido: MANCINI, G.F.: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fati specie. Il recesso ordinario*. Giuffrè Editore. Milano, 1962. p. 205. En el mismo sentido, Bianca expresa: “El poder de desistimiento ordinario, convencional o legal, es un poder arbitrario que la parte puede ejercer libremente sin que sea necesario dar una justificación con el respeto, claro está, del principio de buena fe.” (BIANCA, C. Massimo: *op. cit.* Vol. III. p. 764). En la doctrina española, Díez-Picazo expresa que el desistimiento es la facultad que la ley concede “a una de las partes o a ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario que no tiene que fundarse en ninguna causa especial.” (DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Madrid, 2009. p. 1086).

24 Desde luego, el ejercicio del derecho de desistimiento puede engendrar responsabilidad civil cuando se lo ejercita con la intención de dañar a la otra parte o excediendo los límites de la buena fe o del objeto en vista del cual se ha conferido ese derecho (Código Civil, artículo 1.185, primer aparte).

3. La terminación del contrato por el desistimiento unilateral de una de las partes tiene eficacia *ex nunc*, opera solo para el futuro. No afecta ni elimina las prestaciones cumplidas con anterioridad. Las partes no tienen que restituirse las prestaciones anteriores a la terminación del contrato, las cuales producen todos sus efectos<sup>25</sup>. En cambio la terminación del contrato de adhesión como consecuencia de la retractación del consumidor tiene eficacia *ex tunc* y las partes tienen que devolverse recíprocamente lo que hubieren percibido por razón del contrato. El desistimiento por parte del consumidor elimina pues las prestaciones cumplidas con anterioridad mediante la mutua restitución de las mismas (LEDEPABIS, artículo 73) (*infra*, Nº X,2).

4. A veces el desistimiento se atribuye a ambas partes (caso del mandato); en cambio, el derecho de desistir del contrato de adhesión a que se contrae el artículo 73 de la LEDEPABIS solo se atribuye al consumidor que es el único legitimado para su ejercicio. La ley sanciona con la nulidad la estipulación contenida en un contrato de adhesión que atribuya al proveedor la facultad de desligarse unilateralmente del contrato (LEDEPABIS, artículo 74 numeral 6).

5. A diferencia de lo que ocurre con el clásico derecho de desistimiento como medio de terminación de los contratos, el desistimiento del contrato de adhesión por parte del consumidor tiene un indiscutible carácter imperativo y es, por tanto, irrenunciable e inderogable por la voluntad de las partes (arg. *ex arts.* 2, 8 <numeral 13>, 73 y 74 <numeral 2> de la LEDEPABIS).

Estas diferencias han llevado a un sector de la doctrina a establecer una separación total entre este derecho de desistimiento del consumidor y el derecho de desistimiento de la teoría general del Derecho de las Obligaciones<sup>26</sup>.

25 *Cfr.* GARCÍA VICENTE, José Ramón: *Ley de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles. El Derecho de Revocación*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997 p.142; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: *op. cit.* p. 214.

26 En tal sentido, véase: BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 28. En contra, ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Madrid, 2000. p. 22; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p. 140 y ss.; KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 312.

A nuestro modo de ver, como el artículo 73 de la LEDEPABIS le permite al consumidor desligarse del contrato por su sola voluntad, nos encontramos ante la figura del derecho de desistimiento como medio de terminación del contrato por la voluntad unilateral de una de las partes. Esto es así cuando la ley supedita el derecho que tiene el consumidor de retractarse del contrato de adhesión celebrado al cumplimiento de determinados requisitos. Se trata pues de una modalidad particular de desistimiento como medio de terminación del contrato de adhesión por la voluntad unilateral del consumidor

## **V. DERECHO DE DESISTIMIENTO Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO**

El derecho de desistimiento plantea la cuestión de la determinación del momento del perfeccionamiento del contrato de adhesión respecto del cual puede desligarse el consumidor. ¿El contrato se forma el día de la firma del documento contractual a que se refiere el artículo 73 de la LEDEPABIS?, o por el contrario, ¿debe entenderse que el contrato se perfecciona el día siguiente a aquel en que caduca el plazo que tiene el consumidor para retractarse del contrato sin que este haya ejercido su derecho? Como fácilmente puede apreciarse, esta cuestión incide en el momento en que se produce la transmisión de la propiedad, así como en la determinación de quién debe soportar los riesgos de la cosa objeto del contrato.

La doctrina se encuentra dividida al respecto.

Según algunos autores, el derecho de desistimiento nos coloca ante un supuesto de formación sucesiva del contrato. El contrato solo se entiende perfeccionado cuando haya transcurrido el plazo que tiene el consumidor para desistir del contrato; por ello, la declaración de voluntad del consumidor no es definitiva ni está perfectamente emitida hasta que transcurra el plazo y no se retracte; y, correlativamente, durante ese plazo la declaración de voluntad del proveedor es irrevocable *ex lege*. La formación del contrato queda pues diferida hasta la finalización del plazo durante el cual es ejercitable esta facultad. Nos encontramos, se afirma, ante un proceso progresivo de formación de la voluntad contractual, en el cual la firma del contrato por parte del consumidor no es más que una etapa en ese proceso de formación del consentimiento contractual

que solo se entenderá perfeccionado cuando haya transcurrido el plazo durante el cual el consumidor puede ejercitar su derecho de retractarse sin haberlo hecho<sup>27</sup>.

De acuerdo con estos autores, no puede admitirse que la firma equivalga a aceptación puesto que, si ese fuere el caso, se tendría que un contrato ya perfecto puede destruirse si se ejercita la facultad de retractación, lo que atenta contra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos que consagra el artículo 1.159 del Código Civil<sup>28</sup>.

Según otros, el contrato de adhesión se perfecciona desde el momento en que consumidor adherente acepta la oferta del proveedor predisponente, momento este que generalmente coincide con el de la firma del contrato. La facultad del consumidor opera sobre un contrato que ya se había perfeccionado en el mismo momento en que el consumidor había aceptado la oferta y manifestado su voluntad. De acuerdo con las reglas generales que rigen la formación de los contratos, se afirma, el perfeccionamiento del contrato tiene lugar en el mismo instante en que el consumidor firma el contrato adhiriéndose a la oferta vinculante del proveedor, de manera que el derecho de desistimiento que asiste al consumidor opera sobre un contrato que ya era perfecto y del cual traía su causa. Es obvio, se dice, que cuando no se ejercita la facultad legal de desistimiento, el contrato no requiere de ningún elemento adicional para la producción de todos sus efectos, por lo que debe considerarse que había sido ya válidamente celebrado<sup>29</sup>.

Por último, otros autores consideran que en el supuesto bajo examen no estamos en presencia de un contrato ya perfeccionado del cual pueda desligarse el consumidor sino que nos encontramos ante una *opción de*

---

27 Al respecto, véase: BAILLOD, R.: *op. cit.* p.p. 227 y ss.; CALAIS-AULOY, J: *Droit de la consommation...* *cit.* p.p. 79-80; GHESTIN, J. y DESCHE, B.: *Traité des Contrats. La Vente.* L.G.D.J. París, 1990. p.p. 314-318; HUET, Jérôme: *op. cit.* p. 122.

28 LLOBET I AGUADO, Joseph: *op. cit.* p. 153.

29 Al respecto, véase: ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *op. cit.* p. 266; BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 50; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: "Derecho de desistimiento" en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007.* Obra colectiva dirigida por Manuel Rebollo Puig y Manuel Izquierdo Carrasco. Iustel. Madrid, 2011. p.p. 1247-1248, KLEIN, M.: *op. cit.* p. 280. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina citada en la nota 55 de este trabajo.

*compra* que el proveedor se obliga a mantener a favor del consumidor, opción esta que se entiende ejercitada por efecto de la mera inercia del comprador durante todo el tiempo que tiene para retractarse de acuerdo con la ley. Por lo cual, se afirma, el contrato con el consumidor no se perfeccionará hasta el momento en que este, de un modo expreso o tácito, manifieste su intención de consumir el contrato propuesto<sup>30</sup>.

*Por lo que al Derecho venezolano concierne*, el contrato se perfecciona desde en el momento en que concurren los requisitos legales para su formación conforme a lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código Civil, esto es, cuando se entrecruzan la oferta y la aceptación. En la práctica, si se trata de un contrato de adhesión este queda perfeccionado desde el momento en que el consumidor acepta la oferta del proveedor predisponente, sin que por el hecho de que exista una facultad de desistimiento del consumidor adherente, pueda entenderse que se produzca un supuesto de perfección diferida o escalonada del contrato hasta que transcurra el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento. Ninguna disposición legal permite suponer que el perfeccionamiento del contrato se demora hasta la expiración del plazo que tiene el consumidor para desistir del mismo. Por el contrario, la definición legal del derecho de desistimiento que trae el artículo 73 de la LEDEPABIS alude a la facultad del consumidor o usuario “de retractarse del contrato de adhesión”. Se trata, por tanto, de poner fin a un contrato ya celebrado, perfeccionado y nacido a la vida jurídica. Nos encontramos pues en presencia de un contrato ya formado y perfeccionado, del cual puede legalmente desistir el consumidor.

Como principio de carácter general, el hecho de que la ley consagre un derecho de desistimiento no aplaza *per se* ni la formación ni la ejecución del contrato. Cuando el artículo 73 de la LEDEPABIS prescribe que en el caso de que el consumidor ejercite esta facultad se le restituirá el precio pagado, presupone que ya el contrato se ha perfeccionado y ejecutado durante el plazo del desistimiento. Es decir, la ley parte del

---

30 Al respecto, véase: GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 5; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: “El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991” en *Revista de Derecho Mercantil* N° 28. Madrid, 1993. p.p. 604.

supuesto de que el contrato del cual desiste el consumidor o usuario ya se ha consumado y producido todos sus efectos<sup>31</sup>.

Con respecto al argumento de que esta posición atenta contra el principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, basta con señalar que se trata de una excepción a este principio consagrada en el artículo 73 de la LEDEPABIS que se justifica por una necesidad excepcional de proteger los intereses del consumidor que ha celebrado un contrato de adhesión con el proveedor.

Los contratos, dice el artículo 1.160 del Código Civil, obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley. Pues bien, la facultad de retractación está integrada en el contenido del contrato ya que es precisamente la ley la que permite (*rectius*: impone) en determinados contratos la posibilidad de ejercitar la facultad de retractación.

Además, la práctica comercial, la inmediata exigibilidad de las recíprocas prestaciones y el mantenimiento del contrato ante el silencio del consumidor, nos llevan igualmente a concluir que el contrato se perfecciona conforme a las reglas generales y que la ulterior decisión del comprador puede libremente deshacer el vínculo. Como se indica poco más adelante, estamos ante un contrato sometido a la condición resolutoria de que el consumidor, por una justa causa, se retracte del contrato ya celebrado (*infra*, N° VII).

Por lo antes expuesto tampoco puede ser admitido en Venezuela el criterio según el cual un contrato de adhesión celebrado con el consumidor constituye una opción de compra. Según se deduce del contrato de opción, el proveedor se obliga única y exclusivamente a mantener su oferta mientras el consumidor agota su plazo de reflexión, pero ¿de dónde surge entonces la obligación del proveedor de entregar el bien

---

31 La situación es diferente en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Francia donde la mayor parte de los textos legales que consagran un derecho de retractación por parte del consumidor prohíben cualquier acto de ejecución del contrato por parte del consumidor antes de la expiración del plazo que él tiene para desistir, lo que da pie a que un sector de la doctrina francesa considere que el derecho de retractación nos coloca ante un supuesto de formación progresiva del contrato. Al respecto, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p.p. 115-116, especialmente, las notas 401-403.

objeto del contrato, antes de que expire el plazo que tiene el consumidor para retractarse?

Pero adicionalmente en el contrato de opción, el optante debe ejercitar la opción y ese ejercicio extingue el primer contrato (el de opción) y perfecciona el contrato posterior (compra-venta, por ejemplo); en cambio, en los contratos de adhesión celebrados con los consumidores, como se dijo, nada de esto ocurre. El contrato se perfecciona desde que se produce el encuentro de voluntades lo que generalmente ocurre en el momento en que el vendedor y el comprador firman el documento contractual exigido por la ley. Ninguna actuación posterior por parte del consumidor se requiere para perfeccionar el contrato. Al contrario, si existe una actuación del consumidor y este ejercita su derecho de desistir del contrato, el contrato se extingue. No es pues el perfeccionamiento del contrato lo que está en manos del consumidor, sino su extinción.

De ahí la imposibilidad de considerar como un contrato de opción, el contrato de adhesión celebrado con un consumidor.

## VI. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR

El derecho de desistimiento encuentra su justificación en la necesidad de proteger al consumidor que es la parte contratante que ocupa una clara situación de inferioridad y vulnerabilidad en la relación de consumo. El derecho de retractación constituye, sin duda, una fórmula jurídica peculiar puesta al servicio de la parte contratante débil<sup>32</sup>. Constituye un mecanismo de protección del consentimiento contractual prestado por el consumidor que celebra un contrato de adhesión con el proveedor. Por medio del derecho de desistimiento, se trata de evitar que un consentimiento contractual, prestado en una situación precipitada o poco meditada, despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un contrato ordinario (*contrato paritario*) donde ambas partes conjuntamente fijan y determinan el contenido del contrato, colocadas en un plano de igualdad<sup>33</sup>. La ley intenta reequilibrar la débil posición

---

32 Cfr. BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 232; VERMANDET, L.: *La protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale*. Grenoble, 1976. p. 172 y ss.

33 Cfr. CHARDIN, N.: *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. L.G.D.J. París, 1988. p.p. 62 y ss.

contractual del consumidor y evitar que el proveedor –autor exclusivo del clausulado contractual – haciendo valer su posición de dominio, arranque un consentimiento contractual que no se ha formado correctamente o se ha prestado de manera apresurada, dada la modalidad de la contratación empleada<sup>34</sup>.

El derecho de retractación se articula como un mecanismo previsto por la ley que le permite al consumidor que ha celebrado un contrato de adhesión con el proveedor retirar al consentimiento que aquel ha prestado la fuerza obligatoria que le otorga la ley y así extinguir el contrato. Por ello puede afirmarse que el derecho de desistimiento constituye una excepción a la regla de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1.159 del Código Civil<sup>35</sup>.

En otros ordenamientos, como se dijo, el derecho de desistimiento constituye más bien un mecanismo preventivo que impide la formación del contrato durante un periodo de reflexión que establece la ley<sup>36</sup>, sobre todo en aquellos casos en los cuales el consumidor ha podido ser sorprendido al momento de prestar su consentimiento como ocurre en casos de ventas a domicilio, o forzado a aceptar la propuesta del vendedor como ocurre cuando la venta es financiada por el proveedor o cuando el consumidor solo tiene un conocimiento superficial del objeto adquirido, como en el caso de las ventas concluidas por teléfono o por medios electrónicos<sup>37</sup>. El derecho de desistimiento se articula entonces como una derogación de la regla del perfeccionamiento del contrato por el mero encuentro de voluntades que consagra el artículo 1.137 del Código Civil y no, como

---

34 *Cfr.* MIRANDA SERRANO, L.M.: *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Su caracterización en el Derecho español*. Madrid, 2001. p.p. 58 y ss.

35 *Cfr.* RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p.p. 109-110.

36 Ese es el sistema que sigue la Ley francesa Nº 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incorporadas en el Código del Consumo. Al respecto, véase: HUET, Jérôme: *op. cit.* p. 122. Es, asimismo, según Fernández-Albor, el criterio que parece adoptar el artículo 5.1. de la Ley española 26/1991 de Protección de los Consumidores en caso de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles del 21 de noviembre de 1991, cuando regula el derecho de desistimiento del consumidor en este tipo de ventas (FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: *op. cit.* p. 599, especialmente, la nota 33).

37 Al respecto, véase: BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 241; HUET, Jérôme: *op. cit.* p. 124; MIRABAIL, Solange: *op. cit.* p.p. 129-130.

ocurre en nuestro ordenamiento, como una derogación de la regla de la fuerza obligatoria de los contratos que consagra el artículo 1.159<sup>38</sup>.

A nuestro modo de ver, esta segunda alternativa que siguen otras legislaciones es la que mejor se adapta a la realidad de los hechos, sobre todo si se tiene en cuenta que el consumidor tiene el derecho de retractarse del contrato porque su consentimiento no obedece a una voluntad lo suficientemente meditada y libre. Siendo esto así, lo lógico es no otorgar a dicho consentimiento el efecto de perfeccionar el contrato que posee cuando ha sido suficientemente meditado y libre. Pero este no es el sistema que adopta la ley venezolana (*supra*, N° V).

Además, se afirma, el reconocimiento de esta facultad unilateral de poner fin al contrato constituye un incentivo para evitar comportamientos empresariales abusivos al tiempo que propicia la confianza del consumidor en algunas modalidades de contratación que resultan, por tanto, fortalecidas<sup>39</sup>.

## VII. NATURALEZA

La doctrina discute si los contratos en los cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse deben considerarse contratos sometidos a término inicial o final, o celebrados bajo condición suspensiva o resolutoria, o si pueden equipararse a contratos sujetos a ensayo previo o prueba.

En nuestro concepto, tales contratos no pueden considerarse *contratos sometidos a término inicial o final*, puesto que la característica del término es que se sabe con certeza que ocurrirá y en los contratos en los cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse, el contrato depende de algo que puede o no ocurrir (*incertus an*) porque, aunque se conozca la duración del plazo de que dispone el consumidor para ejercitar su derecho, no se sabe si este decidirá ejercitarlo o no<sup>40</sup>.

---

38 Cfr. CALAIS-AULOY, J.: *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*. Recueil Dalloz, 1973. Chronique. p. 266.

39 CLEMENTE MEORO, Mario E.: *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 2006. p. 164.

40 Cfr. ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: *op. cit.* p. 131; BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 52.

Tampoco pueden considerarse *contratos sometidos a condición suspensiva* porque la condición suspensiva es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la eficacia plena de un derecho y en los contratos bajo examen, como se dijo atrás, el derecho de desistimiento opera sobre un contrato ya perfeccionado que tiene eficacia inmediata desde el momento de su celebración<sup>41</sup>. Por la misma razón, tampoco pueden equipararse estos contratos a una *venta sometida a ensayo previo*<sup>42</sup>. Como es bien sabido, en las ventas sujetas a ensayo previo el contrato queda sujeto a que la cosa sea ensayada y a que el ensayo demuestre que es apta para el uso a que está destinada, todo lo cual constituye una condición suspensiva (Código Civil, artículo 1.478)<sup>43</sup>. Además, el derecho de desistimiento es ejercitable siempre y cuando exista una justa causa, independientemente de que la cosa sea apta o no para el uso a que está destinada<sup>44</sup>.

Como estamos ante contratos perfeccionados y eficaces, tampoco pueden equipararse los mismos a ventas *ad gustum*<sup>45</sup> ya que cuando se conviene en una venta *ad gustum* “no queda perfecta la venta hasta que el comprador no haya hecho conocer su aceptación en el plazo fijado por la convención o por el uso” (Código Civil, artículo 1.477). En las ventas

41 Cfr. CHRISTIANOS, Vassili: “Plazos de reflexión. Una evaluación teórica” en *Estudios sobre el Consumo* N° 25. Diciembre, 1992. p.p. 51-52.

42 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1249.

43 Cabe hacer notar, sin embargo, que aun cuando en el artículo 1588 del Código Civil francés, al igual que en el artículo 1478 del Código Civil venezolano, se indica claramente que la venta sujeta a ensayo previo es una venta sometida a *condición suspensiva*, en la doctrina francesa, Collart Dutilleul y Delebecque sostienen que dichas ventas no constituyen ventas sometidas a condición suspensiva porque esta construcción no explica satisfactoriamente la facultad que tiene el comprador de servirse de la cosa por un tiempo determinado; por lo cual, estos autores consideran que estas ventas solo pueden explicarse como ventas sometidas a condición resolutoria (lo que justifica el uso de la cosa *pendente conditione*), o como contratos sujetos a un derecho de resciliación unilateral. (COLLART DUTILLEUL, François y DELEBECQUE, Philippe: *Contrats Civils et Commerciaux*. Éditions Dalloz. París, 1991. p. 69).

44 Cfr. RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p. 114, especialmente, la nota 399 y la doctrina francesa allí citada.

45 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “La defensa contractual del consumidor en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en BERCOVITZ, R. y BERCOVITZ, A.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. Editorial Tecnos. Madrid, 1987. p. 206.

*ad gustum*, además, el comprador no llega a ser propietario de las cosas sino cuando las ha degustado y encontrado de su agrado y notificado de ello al vendedor. Solo entonces se perfecciona la compra-venta y se trasladan los riesgos al comprador<sup>46</sup>. En cambio, en las ventas en las cuales el consumidor tiene el derecho de retractarse, este se hace propietario por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y, por ende, corre con los riesgos de la cosa vendida de inmediato desde el momento en que ha consentido en la venta (Código Civil, artículo 1.161) o, si se trata de una venta de cosas *in genere*, desde el momento en que se efectúa la especificación del género cuando las cosas son “contadas, pesadas o medidas” (Código Civil, artículo 1.475), lo que se produce generalmente con su entrega.

A nuestro modo de ver, estos contratos pueden considerarse *contratos sometidos a una condición resolutoria simplemente potestativa* (o, según algunos, mixta) que determina la extinción retroactiva de un contrato ya perfeccionado y que ha desplegado su eficacia<sup>47</sup>. Dicha condición tiene su fuente en la ley y depende de la voluntad del consumidor adherente y de un hecho o circunstancia que condiciona su voluntad, a

---

46 Cfr. DEGNI, Francisco: *La Compraventa*. Traducción española y notas de Francisco Bonet Román. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957. p. 185.

47 En el mismo sentido, en la doctrina francesa, véase: BERNARDEAU, L.: *op. cit.* p. 218. En cambio, otros autores franceses como Doll y Guerin consideran que el derecho de retractación del consumidor constituye un clásico derecho de resolución contractual ejercitable por la voluntad unilateral del consumidor, lo que se explica porque en Francia, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, el derecho a retractarse del contrato que tiene el consumidor en los casos legalmente previstos es ejercitable *ad nutum* y no presupone la existencia de una justa causa (DOLL, G. y GUERIN, M.: “Le demarchage et la vente a domicile” en *Juris—Classeur périodique* <Semaine juridique> Édition Générale. 1973 (I). 2524, N° 29). En la doctrina española, García Vicente y Gallego Domínguez consideran que los contratos en los cuales el consumidor puede retractarse son ventas sometidas a una condición resolutoria simplemente potestativa (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p.p. 162-164; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1249). Sin embargo, como se indica poco más adelante, a diferencia de lo que ocurre cuando se cumple la condición resolutoria, la terminación del contrato de adhesión por el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, no afecta los derechos de los terceros como, por ejemplo, los acreedores del consumidor o los terceros sub-adquirentes (*Infra*, N° X,2a).

saber, la existencia de una justa causa<sup>48</sup>. El acontecimiento que configura la condición resolutoria es pues una declaración de voluntad extintiva, sujeta a la expresión de una justa causa, que debe manifestarse en un plazo máximo de siete días (LEDEPABIS, artículo 73), lo que constituye una condición simplemente potestativa y no puramente potestativa. Como se indica poco más adelante, para el ejercicio del derecho a desistir del contrato, tiene que existir una justa causa, lo que excluye que sea el mero arbitrio del consumidor el que ponga fin al contrato<sup>49</sup>.

---

48 Esta circunstancia determina que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, para que se cumpla la condición de la cual depende la suerte del contrato celebrado por el consumidor, se requiere siempre la concurrencia de un elemento externo que condicione su voluntad.

49 Conviene tener en cuenta que el artículo 1.202 del Código Civil según el cual “la obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquél que se ha obligado, es nula”, solo se aplica a la condición suspensiva, no a la resolutoria. *Cfr.* MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo I. p. 313. Además, como es bien sabido, la condición es *puramente potestativa* y hace nula la obligación cuando el deudor hace depender de su mero arbitrio la voluntad de obligarse; y es, en cambio, simplemente potestativa, y no invalida la obligación, cuando, como ocurre en el supuesto bajo examen, la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que represente intereses apreciables y que, actuando sobre aquélla, influyan en su determinación aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado. *Cfr.* MONTÉS PENADES, V.L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Vol. XV-1 dirigidos por M. Albadalejo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1989. p.p. 1053 y 1054.

Por otra parte, según un sector de la doctrina francesa, la precitada disposición legal no es aplicable cuando se hace depender *todo el contrato bilateral* de una condición puramente potestativa. En tal sentido, se afirma que el artículo 1.174 del *Code*, idéntico al artículo 1.202 de nuestro Código Civil, solo prohíbe la condición potestativa a *parte debitori* y no a *parte creditori* y en un contrato sinalagmático cada una de las partes es necesariamente acreedora. Sin embargo, tal y como afirma Carbonnier, frente a esta línea argumental puede replicarse que si cada una de las partes es acreedora, también es, a su vez, deudora; por lo cual, con base en este razonamiento podría más bien declararse la nulidad de toda condición puramente potestativa incluida en un contrato sinalagmático (CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*. Tome IV (Les Obligations) 22<sup>a</sup> édition. París, 2000. N<sup>os</sup> 135 y 137). Sobre la posición de la doctrina italiana en cuanto a la no aplicación en los contratos sinalagmáticos de la disposición que consagra la nulidad de la obligación que dependa de una condición puramente potestativa, véase: RECSGINO, Pietro: Voz “Condizione” (Diritto Vigente) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. VIII. Arese Giuffrè. Milano, 1961. § 33. Consultada en versión electrónica (DVD).

## VIII. CARACTERES

El derecho de desistimiento que corresponde al consumidor es un derecho subjetivo de carácter potestativo; presupone la existencia de un contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor; pone fin a un contrato ya perfeccionado; su ejercicio está sujeto a la existencia de una justa causa; es ejercitable en un breve plazo de tiempo; tiene carácter gratuito para el consumidor; y es irrenunciable.

### 1) Es un derecho subjetivo que corresponde al consumidor

El derecho de desistimiento es un verdadero derecho subjetivo. La propia ley insiste en calificarlo como un *derecho*: “derecho a retractarse del contrato de adhesión” (LEDEPABIS, artículo 73).

Dada la finalidad perseguida con esta figura, la ley no atribuye un derecho análogo al proveedor, a diferencia de otros supuestos de desistimiento que contempla el Código Civil en los cuales se reconoce la facultad de desistimiento del contrato a todas las partes contratantes como, por ejemplo, en el contrato de mandato (Código Civil, artículos 1.704 <ordinales 1º y 2º>, 1.706 y 1.709) y en el contrato de sociedad por tiempo ilimitado (Código Civil, artículos 1.673 <ordinal 5> y 1.677).

De acuerdo con la ley, la estipulación de un contrato de adhesión que autorice al proveedor a rescindir (*rectius*: desistir) unilateralmente del contrato es una cláusula abusiva y, por ende, nula (LEDEPABIS, artículo 74, numeral 6).

### 2) Tiene carácter potestativo

Dentro de la categoría de los derechos subjetivos, es un derecho de los llamados potestativos<sup>50</sup> que podemos definir como aquellos derechos

---

50 Acerca de la configuración de los derechos potestativos como derechos subjetivos, en la doctrina clásica italiana, véase: MESSINA, G.: Voz “Diritti potestativi” en *Nuovo Digesto Italiano* a cura di M. D’Amelio con la collaborazione di A. Azara. Vol. IV. U.T.E.T. Torino, 1938. p.p. 872-879. Cabe hacer notar que, en la doctrina italiana, algunos autores como Barassi consideran que la categoría de los llamados derechos potestativos es muy discutida y cuando se refieren a esta noción prefieren calificarlos como simples facultades o potestades (BARASSI, Ludovico: *Il diritto del lavoro*. Milano, 1959. p. 215., citado por RAVERA, Enrico: *Il recesso... cit.* p.

que no consisten en el aprovechamiento directo de una cosa ni en la conducta inmediata que puede exigirse a un tercero, sino en la facultad que tiene el titular del derecho de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, por regla general a través de una declaración unilateral de voluntad recepticia<sup>51</sup>. El derecho de desistimiento confiere una facultad de cancelación jurídica que le permite al consumidor influir en una previa relación jurídica, esto es, en el contrato de adhesión celebrado, extinguiéndolo, mediante una declaración unilateral de voluntad notificada a la otra parte contratante<sup>52</sup>.

### **3) Presupone la existencia de un contrato de adhesión entre el proveedor y el consumidor**

Según el artículo 73 de la LEDEPABIS, las personas (entiéndase los consumidores) tienen el derecho a retractarse del contrato de adhesión por justa causa, dentro de un plazo de siete días contados a partir de la firma del mismo o desde la recepción del producto o servicio. El artículo 70 de la LEDEPABIS, por su parte, define al contrato de adhesión en los siguientes términos:

Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta ley, los contratos tipos o aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente por la materia o establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor de bienes y servicios, sin que las personas puedan discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar.

Esta disposición únicamente se refiere a los contratos de adhesión que regulen las relaciones entre *proveedores* y *personas*. Para delimitar el campo de aplicación de las precitadas disposiciones de la LEDEPABIS,

---

42). En la doctrina española hay quienes consideran que los derechos potestativos constituyen una categoría intermedia entre las simples facultades jurídicas y los derechos subjetivos. Al respecto, véase CASTÁN TOBEÑAS, José: *Situaciones jurídicas subjetivas*. Ediciones Reus. Madrid. 1963. p.p. 39 y ss.

51 Cfr. LARENZ, K.: *Derecho Civil*. (Parte General). Traducción española y notas de M. Izquierdo y Macías-Picaveva. Editorial Revista de Derecho Privado. Jaen, 1978. p.p. 281-284.

52 Cfr. BAILLOD, R.: *op. cit.* p.p. 240-242; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1254; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p.p. 115-116.

conviene tener en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 4 de dicha ley, se entiende por *personas* a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios de cualquier naturaleza como destinatario final; y por *proveedor*, a toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades en la cadena de distribución, producción y consumo, sean estos importadores, productores, fabricantes, distribuidores, comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestador de servicios. De donde resulta que las personas son los consumidores o usuarios, que son los únicos sujetos a quienes la ley denomina impropia-mente personas, puesto que son los consumidores y no otros quienes adquieren bienes y servicios como destinatarios finales.

Por consiguiente, las disposiciones de la LEDEPABIS relativas a los contratos de adhesión no constituyen una regulación legislativa de los contratos de adhesión en protección general de los “adherentes”, como es el caso de la ABG-Gesetz alemana de 1976 o la Ley española sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998, sino unas normas aplicables tan solo a los contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores o usuarios<sup>53</sup>. De ahí que el derecho de retractación previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS no protege a todo adherente que, en razón de su debilidad, se vea en la necesidad de aceptar en bloque el contenido del contrato ya que el ámbito de aplicación de esta norma se circunscribe a las relaciones de consumo derivadas de los contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores o usuarios.

En resumidas cuentas, las disposiciones especiales de protección al consumidor contenidas en el Capítulo VIII del Título II de la LEDEPABIS, y entre ellas la que consagra el derecho de desistimiento, no se aplican en aquellos casos en los cuales el contrato de adhesión haya sido celebrado entre dos particulares cuando ninguno de ellos tenga la condición de consumidor como, por ejemplo, cuando se trata de un contrato de compra-venta suscrito entre productores y mayoristas, mayoristas y detallistas y, en general, con toda persona que no sea destinataria final de los bienes y servicios. Mucho menos existe el derecho de desistimiento

---

53 Cfr. MÉLICH-ORSINI, José: “Las particularidades del contrato con consumidores” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 111. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999. p. 98.

en los contratos de compra-venta de bienes muebles o inmuebles o en los contratos de prestación de servicios entre dos particulares cuando ninguna de las partes sea productor, distribuidor, comercializador o detallista de los bienes y servicios.

#### 4) **Pone fin a un contrato ya perfeccionado**

El derecho de desistimiento presupone que el contrato ya se ha perfeccionado aunque quede afectado por el posible ejercicio de un derecho a retractarse que tiene el consumidor. Por lo cual, como ya dijimos, no se trata de un auténtico plazo de reflexión al final del cual se entenderá formado el contrato, sino de una facultad de que goza durante un determinado tiempo el consumidor para revocar su aceptación y desligarse del contrato ya formado.

El contrato se considera perfeccionado el día en que se logre el concurso de voluntades sobre la cosa y el precio, lo que sucede normalmente el día en que se firma el contrato de adhesión *ex* artículo 73 de la LEDEPABIS. La firma no equivale pues al compromiso de iniciar una reflexión durante un determinado plazo, al final del cual, si nada ha dicho el consumidor, se entiende perfecto el contrato. Es decir, no se trata, como pretenden algunos, de uno de los supuestos en que el silencio tiene el valor de una declaración de voluntad<sup>54</sup>. No hay nada en la ley que así lo indique o haga suponer. Antes por el contrario, según el artículo 73 de la LEDEPABIS, la retractación por parte del consumidor produce como consecuencia la obligación que tienen las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas. Esta disposición pone de manifiesto que la ley estructura el derecho de desistimiento del consumidor como una facultad que opera sobre un contrato perfecto y eficaz, es decir, sobre un contrato ya formado y que, además, ha producido sus efectos y no como un supuesto de suspensión legal del perfeccionamiento del contrato (*supra*, Nº V).

---

54 *Cfr.* MORALES MORENO, Antonio Manuel: “Comentarios al artículo 1265 del Código Civil español” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII. Vol. 1.B. dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1993.p. 220. En contra, LLOBET I AGUADO, Joseph: *op. cit.* p. 154.

El contrato se forma en el momento en que se produce el encuentro de las declaraciones de voluntad, de acuerdo con el régimen ordinario de perfeccionamiento de los contratos previsto en el Código Civil. De ahí que el artículo 73 de la LEDEPABIS no constituye una excepción al principio de la formación del contrato por la concurrencia de las declaraciones de voluntad consagrado en la primera disposición del artículo 1.137 del Código Civil, sino al principio de la fuerza obligatoria del contrato consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil. No estamos pues en presencia de un contrato de perfección diferida, sino de la posibilidad que tiene el consumidor de declarar extinguido un contrato ya celebrado<sup>55</sup>. Cualquier otra interpretación no concuerda con el texto de la ley. Esta situación produce las siguientes consecuencias: 1) la propiedad de la cosa se transmite al comprador por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y no a partir del momento de la expiración del plazo de que dispone el consumidor para retractarse, sin haberlo hecho (Código Civil, artículo 1.161). El contrato produce plenos efectos traslativos desde el día en que se logró el acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio. De ahí que el consumidor no puede considerarse un mero depositario de la cosa hasta que adquiere la propiedad de la misma al vencimiento del período que tiene para retractarse; y 2) el consumidor soporta el riesgo de la pérdida de la cosa pues rige el principio *res perit domino* (la cosa perece para su dueño) y el consumidor es el dueño de la cosa desde el mismo momento en que las partes han manifestado su consentimiento (Código Civil, artículo 1.161) (*infra*, N° X,2,b-6).

En fin, el consumidor por efecto del consentimiento legítimamente manifestado se convierte en verdadero propietario y no en mero depositario de la cosa que adquiere la propiedad al vencimiento del plazo que tiene para retractarse. De donde resulta que en el caso bajo examen la regla *periculum est emptori* es plenamente aplicable al consumidor<sup>56</sup>.

55 Además de los autores citados en la nota 29 *ut. supra*, véase: CHRISTIANOS, Vassili: *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* (I). Recueil Dalloz. Sirey, 1991, Chronique VIII. p. 30 (aunque este autor distingue entre el perfeccionamiento y la eficacia del contrato); DOLL, G. y GUERIN, M.: *loc. cit.*; PODDIGUE, Elena: *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*. Giuffrè Editore. Milano, 2000. p. 190; CABALLERO LOZANO José M<sup>a</sup>: “Una compraventa especial: La venta fuera de establecimiento” en *Revista de Derecho Privado*. Diciembre, 1994 p.p. 1051 y 1053.

56 No obstante las vacilaciones de un sector de la doctrina francesa, en el mismo

## 5) Su ejercicio está sujeto a la existencia de una justa causa

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la LEDEPABIS, los consumidores tienen el derecho a retractarse del contrato por *justa causa*. El legislador subordina el ejercicio del derecho de desistimiento a la existencia de una circunstancia que lo justifique, la cual denomina *justa causa*. El derecho de retractación que corresponde al consumidor no es pues ejercitable *ad nutum*<sup>57</sup>.

Ciertamente, el derecho de retractación tiene como fundamento garantizar una voluntad absolutamente libre y correctamente formada

---

sentido expuesto en el texto se pronunció la Primera Cámara en lo Civil de la Corte de Casación Francesa en sentencia del 10 de junio de 1992. Al respecto, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p. 117, especialmente, la nota 409.

- 57 La solución legal es diferente en otros ordenamientos. Así, según lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española “el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.” De acuerdo con esta disposición el derecho de desistimiento es ejercitable *ad nutum*. Su ejercicio depende pues de la libérrima voluntad del consumidor que no tiene que alegar ni probar ninguna causa para el ejercicio de su derecho a desligarse del contrato. Cabe hacer notar, sin embargo, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.2 de dicha ley, este derecho solo le corresponde al consumidor “en los supuestos previstos legal o reglamentariamente” y en los casos en que se le reconozca este derecho en el contrato que celebre con el empresario. Por consiguiente, a diferencia de nuestro sistema que consagra a favor del consumidor el derecho de desligarse – en breve plazo y por justa causa – de cualquier contrato de adhesión celebrado con el proveedor, la legislación española no le atribuye al consumidor un derecho de desistimiento con carácter general por el solo hecho de tener tal condición, puesto que solo existe este derecho en las relaciones contractuales de consumo en las que convencionalmente le haya sido reconocido este derecho al consumidor, o en los casos previstos legal o reglamentariamente como, por ejemplo, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, en los contratos de venta o prestación de servicios a distancia o por medios electrónicos o por teléfono, en los contratos de venta a plazos, en los contratos de transmisión de derechos de aprovechamiento por turnos, etc. Tampoco las legislaciones francesa e italiana le conceden al consumidor un derecho general de retractación o de receso del contrato suscrito con el profesional, sino que solo se lo conceden en determinados casos como, por ejemplo, en los contratos de venta a domicilio o fuera de los establecimientos comerciales, ventas a distancia o por medios electrónicos, etc. En todos estos casos el derecho de desligarse del contrato es ejercitable *ad nutum*.

por parte del consumidor. Pero la ley no ampara simples cambios de voluntad de los adquirentes.

La doctrina admite que la justa causa debe existir objetivamente; no se trata, por tanto, de una mera circunstancia de orden psicológico e individual; sino que reviste carácter objetivo y se integra al elemento causal del negocio<sup>58</sup>. Por lo cual, no tiene relevancia la vana credulidad o la mera suposición por parte del consumidor que cree que el producto tiene determinadas cualidades de las que carece. No se trata de una justa causa putativa proveniente de un sujeto “que simplemente la considere erróneamente existente”, sino que tiene que fundamentarse en una circunstancia objetiva o, al menos, en un error excusable.

De ahí que la justa causa puede ser objeto de apreciación y revisión por parte del juez de mérito<sup>59</sup>. La circunstancia de que se configure una justa causa que legitime el desistimiento es una cuestión de hecho que deberá ser alegada y comprobada por la parte interesada y que corresponderá en su caso, en definitiva, apreciar a los jueces de instancia sin que la determinación respectiva pueda ser objeto de censura en casación.

Por supuesto, la ley piensa en un desistimiento extrajudicial del contrato. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales el proveedor considere que la separación del contrato por parte del consumidor carece de justificación, serán los tribunales los que deberán controlar la existencia de la justa causa invocada. En todo caso, la extinción del contrato se producirá cuando realmente se ejercitó la facultad de retractación, sin que la decisión judicial tenga carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

La justa causa, en tanto elemento objetivo, no es solo un elemento del acto de retractación sino que constituye el fundamento de la facultad o derecho potestativo de poner fin al contrato al punto que “si no hay justa causa no existe el derecho y el acto de retractación es nulo por ausencia

---

58 Cfr. MIRABELLI, G.: “Dei contratti in generale” en *Commentario al Codice Civile*. U.T.E.T. Torino, 1981. p. 225; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 122.

59 Cfr. BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción castellana de A. Pérez Martín. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. p. 374, especialmente, la nota 7; MIRABELLI, G.: *Ibidem*; RAVERA, Enrico: *Ibidem*; SANTORO-PASARELLI, Francesco: Voz “Giusta causa” (Diritto Civile) en *Novissimo Digesto Italiano* diretto da A. Azara, e E. Eula. Vol. VII. U.T.E.T. Torino, 1961. p. 1111, especialmente, la nota 4 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada.

de causa que lo justifique”<sup>60</sup>. No es, por tanto, un elemento sino un presupuesto de la eficacia de la retractación. La justa causa es un hecho que legitima el derecho de separarse del contrato por parte del consumidor<sup>61</sup>.

A nuestro modo de ver, son circunstancias que justifican el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor, entre otras, las siguientes: el hecho de que el producto entregado o el servicio prestado no se corresponda con los términos, condiciones, modalidades, garantías y demás circunstancias de lo ofrecido, publicitado o convenido con el consumidor o usuario; la existencia de vicios o defectos; la circunstancia de que el producto haya sufrido desperfectos derivados de un embalaje defectuoso o de un trato inadecuado en el envío del producto o mercancía; la falta de conocimiento directo de lo adquirido en el momento de aceptar la oferta cuando, por ejemplo, la compra-venta se perfecciona a distancia; la decepción del consumidor a la vista del producto comprado cuando, por ejemplo, la compra-venta se perfecciona sobre la base de un catálogo; la indefensión en que ha podido encontrarse el consumidor al celebrar el contrato como consecuencia del elemento de sorpresa y de la presión psicológica que concurre en ese momento, por ejemplo, cuando la venta se celebra en el domicilio del comprador o fuera del establecimiento comercial; la circunstancia de que no se le haya entregado al consumidor el contrato de adhesión antes de su suscripción, etc.

Cabe hacer notar, por último, que puede existir una justa causa que fundamente el desistimiento aun cuando lo entregado se corresponda con lo ofrecido. Así lo da a entender claramente el artículo 73 de la LE-DEPABIS al preceptuar que cuando el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en el contrato de adhesión, el consumidor podrá de todas maneras retractarse, en cuyo caso podrá serle descontado del monto a ser restituido, los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega o instalación, siempre y cuando dichos gastos consten en el presupuesto o factura.

60 Cfr. DISTASO, Nicola.: *I Contratti in Generale*. U.T.E.T. Torino, 1980. p. 331; MIRABELLI, G.: *Ibidem*; RAVERA, Enrico: *Ibidem*. p. 123.

61 Cfr. SANGIORGI, Salvatore: Voz “Giusta causa” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XIX. Aresse Giuffrè. Milano, 1975. § 3. Consultada en versión electrónica (DVD).

## 6) Es ejercitable en un breve plazo de tiempo

El consumidor dispone de un plazo de siete días contados a partir de la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio para ejercer el derecho a retractarse del contrato de adhesión celebrado (LEDEBABIS, artículo 73). Transcurrido ese plazo sin haberse ejercido el derecho, el mismo decae automática y definitivamente. Más adelante examinaremos con mayor detalle el tema del plazo de ejercicio del derecho de retractación (*infra*, N° IX-5).

## 7) No puede acarrear ninguna penalidad para el consumidor

El ejercicio del derecho de desistimiento no puede implicar penalidad alguna para el consumidor. El consumidor por el mero ejercicio de la facultad de desistimiento no ha de sufrir penalidad alguna<sup>62</sup>. Esto es esencial para que el desistimiento cumpla adecuadamente su función.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 (numeral 2) de la LEDEPABIS, son nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que limiten el ejercicio de los derechos que dicha ley les reconoce a los consumidores. Por lo cual, son nulas las cláusulas que impongan al consumidor o usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. La ley se opone a que el contrato de adhesión contenga una cláusula por la que se imponga al consumidor el pago de una indemnización – a tanto alzado o de cualquier otra manera – por daños causados al comerciante por el único motivo de que el consumidor haya ejercido su derecho de retractarse del contrato.

A nuestro modo de ver, tampoco podría el proveedor reclamarle al consumidor que haya ajustado su conducta a las exigencias de la buena fe que preside la ejecución de los contratos, una indemnización por el uso del bien adquirido en virtud del contrato de adhesión en el caso de

---

62 Así lo establece expresamente el artículo 68.1 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española cuando señala que el consumidor ejercita su derecho de desistimiento “sin penalización de ninguna clase” y luego agrega “serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento”. En nuestra legislación, tal y como se indica en el texto, a la misma solución se llega con base en lo dispuesto en el artículo 74 (numeral 2) de la LEDEPABIS.

que este haya ejercido su derecho de separarse del contrato dentro del plazo establecido<sup>63</sup>.

## 8) Es irrenunciable

El artículo 2 de la LEDEPABIS establece la regla general de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores. Esta es una consecuencia del carácter imperativo que tienen las disposiciones de esta ley. El artículo 74, por su parte, sanciona con la nulidad las cláusulas de los contratos de adhesión que impliquen la renuncia a los derechos de los consumidores y usuarios. De ahí que el derecho a retractarse del contrato de adhesión que los artículos 8 (numeral 13) y 73 de la LEDEPABIS le conceden al consumidor es irrenunciable careciendo de validez cualquier estipulación en contrario.

Como puede fácilmente apreciarse, tratándose de un derecho establecido en protección de la parte débil, que es el consumidor, frente al proveedor que podría fácilmente imponer sus condiciones, la irrenunciabilidad de este derecho es una regla necesaria para asegurar su efectividad<sup>64</sup>. De permitirse dicha renuncia, perdería toda su utilidad el derecho de desistimiento, pues se convertiría en uso muy frecuente su estipulación en los contratos de adhesión. Pero como nada obliga al consumidor a ejercitar esta facultad, es claro que basta con no ejercer el derecho de desistimiento dentro de los siete días siguientes a la firma del contrato, o en su caso, a la recepción del producto, para que el mismo caduque.

No se admite pacto en contra del derecho de retractación ni cláusulas que impongan su ejercicio en condiciones menos ventajosas para el consumidor que las consagradas en el artículo 73 de la LEDEPABIS. Pero, desde luego, nada impide establecer condiciones más ventajosas para el

---

63 En tal sentido el Tribunal de Justicia Europeo, mediante sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, con base en las disposiciones de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se pronunció en contra de que “se establezca con carácter general la posibilidad de que el vendedor reclame al consumidor una indemnización por el uso de un bien adquirido en virtud de un contrato a distancia en el caso de que este haya ejercido su derecho de rescisión (*rectius*: desistimiento) dentro del plazo”. Al respecto, véase un extracto de esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1279.

64 *Cfr.* BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 240.

consumidor como, por ejemplo, aumentando el plazo de duración para el ejercicio del derecho.

## **IX. EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO**

El ejercicio del derecho de desistimiento supone una declaración de voluntad unilateral por parte del consumidor, no personalísima, recepticia y dirigida al proveedor, fundada en una justa causa, debiendo ser hecha en plazo hábil, en principio sin cargo alguno para el consumidor o usuario y realizada en forma libre. Además el proveedor tiene la obligación de informar al consumidor sobre el derecho que le asiste de retractarse del contrato de adhesión celebrado<sup>65</sup>.

### **1) Declaración unilateral de voluntad del consumidor dirigida a poner fin a un contrato de adhesión**

El ejercicio del derecho de desistimiento supone una declaración de voluntad unilateral por parte del consumidor o usuario dirigida a poner fin al contrato de adhesión. Como se dijo, se trata de una declaración de voluntad dirigida a la extinción o desaparición de un contrato de adhesión ya perfeccionado (*supra*, N° V). A dicha manifestación de voluntad le serán aplicables las normas generales sobre capacidad, vicios del consentimiento, revocación, etc.<sup>66</sup>

El ejercicio del derecho de retractación se materializa a través de un acto unilateral del consumidor de poner fin al contrato, sin que en ello influya para nada la voluntad contraria del proveedor<sup>67</sup>. No es necesaria la aceptación del proveedor a quien se dirige tal declaración de voluntad. Este no puede impedir que el consumidor se retracte del contrato de adhesión, cuando su decisión se fundamente en una justa causa (*supra*, N° VIII,2).

La declaración de voluntad de desistir del contrato constituye un negocio jurídico unilateral puesto que el efecto jurídico que ella produce – extinción de una relación jurídica – está determinado por el contenido de

---

65 Para un examen de la regulación del derecho de desistimiento en el Derecho comparado, véase: JEANPRETRE, R.: “Le droit de repentir” en *Revue de droit suisse*, 1979.p.p. 33 y ss.

66 *Cfr.* GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 6.

67 *Cfr.* D'AVANZO, W.: *op. cit.* p. 1032; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 33.

la declaración de voluntad, esto es, la ley hace depender el efecto jurídico producido, de la manifestación de voluntad del sujeto.<sup>68</sup> El ordenamiento jurídico reconoce pues a la voluntad del declarante como fundamento y base del efecto producido. Los efectos de la declaración se producen *ex voluntate* y no *ex lege*.

## 2) No es personalísima

La manifestación de voluntad de retractarse no es personalísima; por lo cual, puede emitirla el propio adquirente por sí o por medio de su representante, sea esta representación de origen legal o convencional. En caso de fallecimiento del adquirente, sus herederos podrán ejercer este derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.163 del Código Civil<sup>69</sup>.

## 3) Es una declaración de voluntad recepticia

El derecho de desistimiento se ejercita a través de una declaración de voluntad recepticia<sup>70</sup>, dirigida al proveedor con el que contrató el consumidor. Si bien el consumidor pone fin al contrato de adhesión retractándose mediante una manifestación unilateral de voluntad, la misma tiene que comunicarse al proveedor para que adquiera existencia jurídica. La declaración de voluntad de retractarse solamente se perfecciona cuando el proveedor adquiere conocimiento de ella; por tanto, para ser eficaz requiere ser notificada al proveedor<sup>71</sup>

68 Cfr. CARIOTA-FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico*. Traducción castellana de M. Albaladejo García. Madrid, 1956. p.p. 132-133.

69 En la doctrina italiana D'Avanzo admite asimismo que, en caso de enajenación del bien por acto entre vivos, los causahabientes a título particular del titular del derecho de desistimiento, pueden ejercerlo si aún no ha expirado el plazo para su ejercicio (D'AVANZO, W.: *loc. cit.* p. 1033), criterio este que, en la doctrina francesa, Baillood no comparte (BAILLOD, R.: *op. cit.* p. 242).

70 Cfr. GALGANO, Francesco: "Degli effetti del contratto" en *Commentario al Codice Civile*, a cura de Scialoja e Branca, libro cuarto (art. 1.373). Società Editrice Il Foro Italiano Zanichelli. Bologna-Roma, 1993. p. 58; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p.p. 35-36 y la jurisprudencia de la Casación italiana allí citada. En el mismo sentido, en la doctrina alemana: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martín: *Tratado de Derecho Civil*. Versión española. Tomo II. Vol. II. (Derecho de Obligaciones). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.966. p. 159.

71 En la doctrina nacional, Mélich-Orsini afirma que los negocios jurídicos unilaterales o las meras declaraciones unilaterales de voluntad son recepticias cuando están dirigidas

Si en el contrato de adhesión no se expresa el nombre, dirección o domicilio, de la persona a quien debe enviarse la declaración de desistimiento, bastará dirigirla al que figure en el contrato como domicilio o dirección del proveedor.

#### **4) Está supeditada a la expresión de una justa causa**

Si bien la facultad de retractarse del contrato de adhesión depende de la manifestación de voluntad del consumidor adherente, la ley no ampara simples cambios de voluntad de los adquirentes. No es pues una facultad ejercitable *ad nutum*. Corresponde al consumidor adherente alegar y, en su caso, probar una causa que justifique el ejercicio de este derecho. Con anterioridad nos hemos referido a esta característica del derecho de desistimiento (*supra*, N° VIII,5).

#### **5) Debe hacerse en plazo hábil**

*El derecho* que tiene el consumidor *de desistir* del contrato de adhesión *no es indefinido*. Debe ejercitarse dentro de un término perentorio. El orden público económico así lo exige puesto que es contrario a la buena marcha del tráfico jurídico que la propiedad o la situación jurídica que derive del contrato de adhesión permanezca durante mucho tiempo en situación de incertidumbre. Se explica así la regla del artículo 73 de la LEDEPABIS según la cual el derecho a retractarse del contrato de adhesión tiene que ejercitarse dentro de los siete días siguientes a la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio.

La seguridad del tráfico jurídico exige que una adquisición no pueda deshacerse a través del ejercicio del derecho de retractación sino poco tiempo después de efectuada y que se consolide el derecho de propie-

---

a un destinatario determinado y, por tanto, sólo tienen existencia jurídica cuando llegan al conocimiento del destinatario. (MÉLICH-ORSINI: José: *Doctrina General...* cit. p. 25). En el mismo sentido, en la doctrina italiana, véase: GIAMPICCOLO, G.: *La dichiarazione recettizia*. Milano, 1959,p.p. 179 y ss. Precisamente porque el desistimiento constituye una declaración de voluntad recepticia, se admite que quien desista puede retractarse, siempre y cuando lo haga y comunique su voluntad al destinatario antes de que este haya adquirido conocimiento de la manifestación de voluntad de desistir del contrato durante el plazo fijado para ello. Al respecto, véase: GABRIELLI, G.: *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*. Giuffrè. Milano, 1985. p. 149; GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 7.

dad quedando firme la adquisición por parte del consumidor luego de transcurrido un breve plazo<sup>72</sup>.

Pero *¿a partir de qué día se cuenta ese plazo de siete días que tiene el consumidor para desistir del contrato de adhesión celebrado? ¿cuál es el dies a quo?* De acuerdo con el artículo 73 de la LEDEPABIS, el plazo es de siete días “contados a partir de la firma del [contrato] o desde la recepción del producto o servicio”.

A nuestro modo de ver, para determinar el inicio del cómputo del plazo hay que diferenciar según el tipo de prestación que surja de la obligación que asumió el proveedor en el contrato, ya sea una obligación que tenga por objeto un bien o producto, ya sea una obligación de prestar algún servicio. La diferencia es lógica pues los bienes recibidos pueden ser devueltos al proveedor; en cambio, los servicios son irrestituibles *in natura* una vez que han sido prestados<sup>73</sup>.

*Cuando el contrato tenga por objeto bienes o productos*, el momento del inicio del plazo será a partir de la firma del contrato sin perjuicio de que, en el caso concreto, por haberse realizado la compra de objetos que en el momento de la firma no se encontraban en el establecimiento, o cuando por cualquier otra circunstancia, la mercancía no ha tenido oportunidad de ser examinada (por ejemplo, por falta temporal de existencias), el *dies a quo* sea el de la recepción del producto por el consumidor. Por *recepción* debe entenderse la entrega material del producto al consumidor, es decir, la recepción en sentido estricto que se produce cuando este se encuentre realmente en la situación de comprobar directamente el producto comprado. No cabe pues equiparar con dicha recepción – a los efectos del inicio del cómputo del plazo en cuestión – la mera noti-

72 Portalis expresaba que era necesario que las propiedades no quedasen por largo tiempo “inciertas y flotantes”. Por lo cual, no debían estar sometidas por mucho tiempo a condiciones resolutorias de ninguna especie. (PORTALIS citado por HUC, T.: *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. Tome X. París, 1982/1903. p. 224). En la doctrina moderna García Vicente expresa que el derecho de desistimiento del consumidor tiene que tener una limitada vigencia “para no dar al traste con la aspiración a la estabilidad en el tráfico” (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p. 191).

73 En el mismo sentido, en la doctrina española, véase: GALEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1273; MIRANDA SERRANO, Luis M<sup>º</sup>: “Protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista” en *Cuadernos de Derecho y Comercio* Nº 45. Madrid, 2006. p. 33.

ficación del envío y/o próxima recepción del producto o de la puesta a disposición del mismo<sup>74</sup>; se requiere pues la recepción material de la cosa objeto del contrato por parte de su destinatario.

En los contratos de suministro con entregas sucesivas como es el caso de las suscripciones, parece lógico considerar relevante únicamente la recepción por el consumidor de la primera entrega<sup>75</sup>.

*Cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios*, el inicio del plazo será el momento de la firma del contrato<sup>76</sup>.

En definitiva, habrá que iniciar el cómputo del plazo legal para el ejercicio del derecho de desistimiento el día siguiente al de la firma del contrato o, en su caso, al de la recepción del producto por el consumidor adherente en virtud de la regla *dies a quo non computatur in termino* (Código Civil, artículo 12, tercer párrafo).

Desde luego, habida cuenta de la configuración y función del derecho de desistimiento, nada impide que el consumidor ejerza su derecho de arrepentirse aún antes de haber recibido la cosa, es decir, antes del inicio del plazo legal que tiene para retractarse. Desde que la relación obligatoria se ha perfeccionado por la aceptación de la oferta, el consumidor puede perfectamente desistir, aunque no haya tenido lugar la firma del contrato o la entrega de la cosa y, por tanto, aun cuando el plazo legal para el ejercicio del derecho no se haya comenzado a contar todavía<sup>77</sup>.

---

74 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Comentario al artículo 44 de la Ley de Protección al Comercio Minorista" en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Obra colectiva coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Jesús Leguina Villa. Tecnos. Madrid, 1997. p. 718; BOTANA GARCÍA, C.A.: *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. J.M<sup>a</sup> Editor, S.A. Barcelona, 1994. p. 252. En contra, García Vicente afirma que el *dies a quo* para el ejercicio del derecho de desistimiento es el de la recepción de la información suficiente para conocer la titularidad y efectos de tal derecho por parte del consumidor (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *loc. cit.* p. 189).

75 Cfr. BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 69; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *loc. cit.*

76 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1274.

77 Cfr. PASQUAU LIAÑO, M.: *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (autores varios) dirigida por J.L. Piñar Mañas y E. Beltrán Sánchez. Editorial Civitas. Madrid, 1997. p. 342.

*El plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento es un plazo civil y no procesal*<sup>78</sup>. Por lo cual, se cuenta por días consecutivos incluyéndose dentro de su cómputo todos los días calendario, independientemente de que sean hábiles o no, o de que sean días feriados o de vacaciones.

Al ser el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento uno de carácter civil y no judicial, si el último día del plazo es inhábil, no puede utilizarse el día siguiente para ejercer el derecho. Asimismo, por ser un plazo civil los días se entienden de veinticuatro horas, las cuales terminan a las doce de la noche (Código Civil, artículo 12, cuarto párrafo) y no como ocurre en materia procesal donde los días se entienden desde las seis de la mañana hasta las seis de la tarde y donde los lapsos de días siempre concluyen no a las doce de la noche, sino al ponerse el sol (Código de Procedimiento Civil, artículo 193). El plazo finaliza, por tanto, en el momento inmediatamente anterior a las veinticuatro horas del último día del mismo. Se advierte que, hoy día con la posibilidad de desistir utilizando el correo electrónico, esta cuestión tiene evidente interés práctico.

*El plazo de ejercicio del derecho de desistimiento es de caducidad*<sup>79</sup>. La finalidad de evitar dudas e incertidumbres acerca de la situación jurídica creada al amparo del contrato de adhesión que tiene que consolidarse después de transcurrido un breve plazo y los términos en que está formulado el plazo para el ejercicio del derecho (“en el caso que ejercite oportunamente este derecho”) determinan que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción. Además, la brevedad del plazo que establece la ley para su ejercicio no permite suponer que la extinción de la facultad de retractarse transcurrido aquél obedezca a una presunción de abandono del derecho que se encuentra en la base de los términos de prescripción.

---

78 En efecto, el plazo que tiene el consumidor para desistir no es un término que se desarrolla dentro de un procedimiento judicial. No tiene su origen o punto de partida en una actuación de tipo procesal ni comienza a correr a partir de una notificación judicial, citación, emplazamiento o requerimiento; sino que es un plazo fijado por la ley para hacer valer un derecho que, por lo demás, normalmente se ejerce en forma extrajudicial. Además dicho plazo es un plazo fijado por una ley sustantiva para regir relaciones de Derecho Civil y no en una ley de adjetiva para regir relaciones que derivan del Derecho Procesal.

79 *Cfr.* BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 66; GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1276; GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p.p. 190-192.

El hecho de que el plazo para el ejercicio del derecho de retractarse del contrato sea uno de caducidad produce las siguientes consecuencias: a) el consumidor debe hacer uso del derecho de desistimiento (judicial o extrajudicialmente) antes de que se cumpla el plazo, so pena de no poder ejercerlo después. Transcurrido ese plazo de siete días sin haber ejercido el derecho, decae automática y definitivamente; b) el plazo corre fatalmente, es decir, no está sujeto a interrupción ni suspensión; c) el plazo corre contra toda clase de personas, incluyendo a menores y entredichos; d) dicha caducidad debe ser opuesta como cuestión previa (Código de Procedimiento Civil, artículo 346, numeral 10), no como defensa de fondo; pero puede alegarse en cualquier estado y grado de la causa, por ser una cuestión en la cual está interesado el orden público; e) la caducidad puede ser suplida de oficio por la autoridad judicial sin que la invoquen las partes; f) no se toma en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del desistimiento, o sea la negligencia real o supuesta del titular del derecho; sino que, por el contrario, se atiende al solo hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado; g) por el solo vencimiento del término previsto en el artículo 73 de la LEDEPABIS, opera de pleno derecho la caducidad sin necesidad de declaración del juez<sup>80</sup>.

Por último, a pesar del silencio legal al respecto, de acuerdo con el Derecho común, parece claro que lo *decisivo* a los efectos de determinar si el ejercicio del derecho fue o no oportuno *será el momento del conocimiento por el proveedor predisponente de la declaración de voluntad del consumidor* adherente, y no el de su emisión por el consumidor, o el de su envío al proveedor (arg. *ex art.* 1.137, <primer párrafo> del Código Civil)<sup>81</sup>. De ahí que para determinar la observancia del plazo para desistir, de acuerdo con las reglas generales, hay que tener en cuenta no solo la fecha de la manifestación o expedición de la declaración de desistimiento, sino la del conocimiento de la misma por parte del proveedor. Pero hay que presumir que existe ese conocimiento desde el instante en que la manifestación de voluntad llega a la dirección del proveedor (Código Civil, artículo 1.137, sexto párrafo).

---

80 Cfr. AGUILAR GORRONDONA, José Luis: "Prescripción y Caducidad" en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1.972*. Caracas, 1.972. p. 140; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El retracto convencional y el retracto legal (según el Código Civil venezolano)*. Ediciones Liber. Caracas, 2006. p.p. 139-140.

81 Cfr. GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *loc. cit.*; GIAMPICCOLO, G.: *op. cit.* p. 179 y ss.

Para el caso del derecho a retractarse del contrato de adhesión que tiene el consumidor se aplica, por tanto, el criterio del conocimiento de la manifestación de voluntad que consagra el artículo 1.137 (párrafo primero) con la presunción del conocimiento que establece el párrafo sexto de esta disposición, pues se trata del criterio general sobre perfección y eficacia de las declaraciones de voluntad. El consumidor, por su parte, ya se encuentra suficientemente protegido con el simple hecho de otorgársele esta facultad. Conviene tener en cuenta, en relación con este punto, que en atención al principio de la libertad de formas para el desistimiento (*infra*, N° IX,7), la devolución del producto por parte del comprador constituye una manifestación de la voluntad de desistir.

Por consiguiente, para que la declaración de desistimiento sea eficaz no basta con que se emita dentro del plazo de siete días, sino que se requiere además que sea recibida o que se presuma recibida por el proveedor dentro de ese plazo<sup>82</sup>.

A nuestro modo de ver, no hay obstáculo legal a la posibilidad de que en el contrato de adhesión se estipule, en beneficio del consumidor, un plazo superior al de siete días para el ejercicio del derecho de desistimiento. El plazo de siete días es, por tanto, un plazo mínimo, supletorio, que solo entra en juego a falta de fijación de un plazo mayor en el contrato (*supra*, N° VIII,8).

## 6) No implica gasto alguno para el consumidor

Habida cuenta de la configuración y función del derecho de desistimiento, su ejercicio no debe implicar gasto alguno para el consumidor.

---

82 En otros ordenamientos la solución legal es diferente. Así, en España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se toma en cuenta, a los efectos del perfeccionamiento del desistimiento, la fecha de la expedición de la manifestación de voluntad de retractarse, con lo cual se establece un criterio más acorde con los intereses del consumidor, habida cuenta del corto espacio de tiempo para el ejercicio de este derecho. Este es el sistema previsto igualmente en los artículos 1 y 2 de la Ley italiana N° 50/92 del 15 de enero de 1992 en materia de contratos celebrados fuera de los locales comerciales. Pero en nuestra legislación, a falta de una disposición especial, hay que aplicar los criterios generales sobre el perfeccionamiento y eficacia de la declaración de voluntad que consagra el Código Civil, tal y como se indica en el texto. Además, el consumidor se encuentra ya suficientemente protegido con el simple hecho de otorgársele la facultad de desistir.

Este tiene pues el derecho a desistir del contrato sin incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los correspondientes a la devolución del bien<sup>83</sup>. La devolución del bien no debe suponer ningún desembolso para el consumidor. Piénsese, por ejemplo, en la compra e instalación de un aparato de aire acondicionado en nuestra casa de habitación. El desistimiento determina la recíproca restitución de las prestaciones. Por consiguiente, el consumidor debe restituir el aparato al vendedor. Como la retractación tiene que ser gratuita para el consumidor, es el proveedor quien debe desplazarse a la residencia del consumidor, proceder a desinstalar el aparato y transportarlo hasta su establecimiento. Todos estos gastos corren por cuenta del proveedor.

Sólo por excepción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la LEDEPABIS, en aquellos casos en que el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pactadas en el contrato de adhesión, los gastos en que haya incurrido el proveedor en su entrega o instalación que consten en el presupuesto o factura corren por cuenta del consumidor y, por ende, podrán ser descontados del monto a serle restituido. La regla general es pues liberar al consumidor de cualquier gasto que se produzca como consecuencia del ejercicio de su derecho a retractarse del contrato de adhesión; y por tanto, también de los gastos directos de devolución y envío como, por ejemplo, los de transporte, embalaje, etc., de los bienes cuando estos constituyan el objeto del contrato. Esta limitación se justifica por la necesidad de evitar que el derecho de desistimiento se convierta en algo puramente formal.

De todas maneras, como hay que considerar, por regla general, como lugar de cumplimiento de la devolución el lugar donde se encuentra la cosa objeto del contrato (Código Civil, artículo 1.295), esto supone eliminar frecuentemente estos gastos de devolución para el consumidor puesto que ese lugar suele ser el de su domicilio. En todo caso, se afirma, parece lógico pensar que cuando el consumidor ha recibido algún bien y decide desistir, debe ser el proveedor quien se encargue de recogerlo<sup>84</sup> en

---

83 La solución legal difiere de la adoptada en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Francia donde el artículo 1º de la Ley N° 88-21 del 6 de enero de 1988 establece que el consumidor tiene el derecho de retractarse de los contratos de venta celebrados a distancia, sin que ello implique gasto alguno para él, salvo los gastos correspondiente a la devolución del bien.

84 KLEIN, M.: *op. cit.* p. 315.

el mismo lugar de la entrega que, con gran frecuencia, será igualmente el propio domicilio del consumidor. De este modo, lo que se persigue es facilitar el desistimiento, evitando que los gastos que lleva aparejado sean un obstáculo que puedan disuadir al consumidor a ejercerlo.

Por último, como indicamos en su oportunidad, se excluye, además, toda posibilidad de que el proveedor predisponente pueda establecer penas convencionales o de arrepentimiento para el caso de que el consumidor decida utilizar la facultad de desistimiento que le reconoce la ley (*supra*, N° VII,7). Esta prohibición es coherente con la absoluta libertad de decisión que se pretende atribuir al consumidor, lo que no excluye que el proveedor pueda exigirle otros reembolsos o indemnizaciones que puedan ser procedentes como, por ejemplo, por desperfectos imputables al consumidor o por encontrarse éste en mora de su obligación de restituir el bien, etc. (*infra*, N° X,2b).

## 7) Forma del desistimiento

De acuerdo con el principio de la libertad de formas que rige en nuestro derecho, la declaración o manifestación del consumidor de dar por terminado el contrato no está sujeta a formalidad alguna y puede ser realizada a través de cualquier medio<sup>85</sup>. A los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento puede utilizarse el mismo medio de comunicación usado para la contratación o cualquier otro.

---

85 En otros ordenamientos la solución legal es diferente por lo que respecta a la manifestación de la voluntad de desistir en algunas relaciones de consumo. Así, en Italia, si bien rige como regla general el principio de la libertad de formas, de acuerdo con la Ley N° 50 del 15-1-1992 en los contratos de los consumidores celebrados fuera de los establecimientos mercantiles el derecho de desistimiento (*recesso*) debe ejercitarse dentro del plazo legal por medio de carta certificada con aviso de recibo por parte del proveedor. El mismo sistema sigue la Ley francesa N° 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incluidas en el artículo L.121-21 del Código de Consumo. En España de acuerdo con el principio de la libertad de formas se admite que el consumidor pueda desistir del contrato, expresa o tácitamente, salvo que se trate de un contrato de venta a plazos de bienes muebles en cuyo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el ejercicio del derecho de desistimiento debe hacerse "mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor y en su caso al financiador".

Si bien lo normal es usar una forma expresa de desistimiento como, por ejemplo, un medio escrito, cabe igualmente el uso de formas de manifestación de voluntad tácitas, deducidas de hechos concluyentes (*facta concludentia*), como, por ejemplo, la devolución de los productos recibidos, la solicitud de la devolución de lo pagado o de la anulación del cargo en la tarjeta de crédito, etc.<sup>86</sup>.

En todo caso, la manifestación de desistimiento, cualquiera que sea la forma que revista, debe permitir apreciar con claridad la intención firme del consumidor de dar por terminado el contrato. Además, deberá ser dirigida al proveedor dejando claramente constancia de los datos del contrato, así como de los datos de identificación de los contratantes.

Basta con la manifestación de voluntad de retractarse del contrato de adhesión por parte del consumidor notificada al proveedor dentro del plazo establecido para dar por terminado el contrato, sin que se requiera que la misma vaya acompañada de la restitución de la cosa que conforma el objeto del contrato<sup>87</sup>. Mucho menos exige la ley que el consumidor efectúe en tiempo hábil oferta real y depósito de las prestaciones recibidas para que se de por ejercido el derecho de retractación, en caso de que el comprador rehúse recibir dichas prestaciones.

Como la ley no prescribe formalidad alguna para el ejercicio del derecho de desistimiento, al consumidor le basta con declarar su voluntad al proveedor para dar por terminado el contrato. La declaración de voluntad en tal sentido, como se dijo, es informal, es decir, puede manifestarse por cualquier medio<sup>88</sup>. Por consiguiente, el derecho de retractación puede ejercerse por documento público o privado, y aún verbalmente siempre que esta declaración verbal pueda probarse fehacientemente. La manifestación de voluntad de retractarse comunicada al proveedor es pues suficiente para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor y para que el mismo surta sus efectos respecto del proveedor, aunque no se haga simultáneamente la devolución de las prestaciones recibidas.

---

86 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1283; MIRANDA SERRANO, Luis M<sup>a</sup>: *op. cit.* p. 93.

87 Cfr. RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 457 y la jurisprudencia de los tribunales italianos allí citada.

88 Cfr. GABRIELLI, G. e PADOVINI, F.: *op. cit.* § 7; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p.p. 45-51.

En efecto, al ser el derecho de retractación una condición resolutoria potestativa del contrato de adhesión celebrado, opera de pleno derecho por la sola declaración de voluntad del consumidor comunicada al proveedor. Esto basta para que se de por cumplida la condición resolutoria y, por tanto, para que se produzca la resolución del contrato. El contrato se resuelve, aunque no se haga simultáneamente entrega efectiva de las prestaciones recibidas<sup>89</sup>.

Ahora bien, cumplida la condición, se inicia una nueva etapa en las relaciones entre las partes. En virtud de la resolución del contrato, estas deben restituirse recíprocamente las prestaciones (*supra*, N° IV,2). Así lo prescribe el artículo 73 de la LEDEPABIS: “en caso de que ejercite [el consumidor] oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes”. Pero, esto no impide que la resolución del contrato opere desde el momento en que se cumpla la condición, es decir, desde que el consumidor notifique al proveedor su voluntad de dar por terminado el contrato.

En fin, nada impide que se ejercite de cualquier manera, incluso verbalmente, el derecho de desistimiento.

Ahora bien, a los fines de la prueba pertinente, cuya carga naturalmente recae sobre el consumidor, rige la limitación del artículo 1.387 del Código Civil, o sea si el valor del objeto del contrato excede de dos mil bolívares, debe probarse por escrito. De ahí que convenga realizar el desistimiento a través de algún medio que permita dejar constancia del ejercicio del derecho y de su fecha, así como de la identificación de los contratantes y del contrato al cual el desistimiento se refiera.

Con esta salvedad, cualquier medio de prueba admisible en derecho, en caso de controversia, puede servir para probar la notificación del desistimiento. No hay que olvidar que muchas veces las compras que realizan los consumidores son de escaso valor; por lo cual, no parece ra-

---

89 Una situación similar se presenta con el ejercicio del derecho de retracto convencional en donde al vendedor le basta con declarar su voluntad de rescatar la cosa al comprador para dar por resuelta la venta. La declaración de voluntad en tal sentido es informal y puede manifestarse por cualquier medio, aun verbalmente. Así lo admite la doctrina nacional y lo ha dejado establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al respecto véase lo que expone en mi libro *El retracto convencional...* cit. p.p. 48-51.

zonable utilizar, ni en su caso exigir, medios onerosos de preconstitución de pruebas que pudieran incluso superar el valor del objeto del contrato, so pena de desvirtuar la libertad de formas que rige en esta materia y hacer nugatorio o inviable el ejercicio del derecho de desistimiento.

Desde luego, la ley piensa en un desistimiento extrajudicial del contrato. Pero si por un motivo u otro el proveedor se opone al desistimiento ejercitado por el consumidor, serán los tribunales los que deberán controlar la procedencia del desistimiento y verificar el cumplimiento de los extremos legales como la existencia de una manifestación de voluntad de dar por terminado el contrato debidamente notificada al proveedor, la expresión de una justa causa, la circunstancia de haberse ejercido el desistimiento en tiempo hábil, etc. Desde luego, la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos legales corresponde al consumidor. En todo caso, la extinción del contrato se producirá cuando se ejercite la facultad de retractación, sin que la decisión judicial tenga carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

### **8) Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento**

El proveedor debe informar al consumidor por escrito en el documento en que quede plasmado el contrato de adhesión, de manera clara, comprensiva y precisa acerca del derecho que le asiste de retractarse del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, así como de las modalidades de restitución del bien o servicio. Esta exigencia deriva de lo dispuesto en el artículo 71 de la LEDEPABIS que impone al proveedor la obligación de mantener a disposición del consumidor el documento en que se formalice el contrato de adhesión el cual debe estar redactado “de manera clara y específica... sin ambigüedades que hagan dudar sobre el contenido y alcance del contrato”. Es evidente que se infringe lo dispuesto en la prescripción legal cuando no se informa claramente al consumidor en el documento contractual sobre el derecho de retractación que le asiste.

El fundamento de la obligación de informar del proveedor no es otro que posibilitar que el consumidor tenga conocimiento de la facultad de desistimiento, de sus condiciones y de los efectos de su ejercicio. El proveedor debe informar porque el consumidor, para la correcta formación de su voluntad, debe conocer que legalmente le protege una facultad que le permite arrepentirse.

Cabe hacer notar, sin embargo, que si bien el proveedor está obligado a informar y documentar por escrito esta facultad del consumidor, la legislación especial no le impone la obligación de entregar un específico documento de desistimiento<sup>90</sup>.

## **X. EFECTOS DEL DESISTIMIENTO**

El efecto propio del desistimiento consiste, como ya sabemos, en la extinción del contrato de adhesión celebrado con el proveedor. Pero adicionalmente si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, las partes quedan obligadas a devolverse mutuamente las prestaciones cumplidas en ejecución del contrato que ha quedado extinguido. Además, el desistimiento incide sobre los contratos suscritos por el consumidor para financiar la respectiva adquisición.

Pasamos a referirnos a cada uno de estos efectos.

### **1) La extinción del contrato**

Como principio de carácter general, si el consumidor ejercita el derecho de desistimiento, el contrato queda resuelto. El efecto esencial que deriva del desistimiento es la extinción de la relación obligatoria. El

---

90 En otros ordenamientos se consagran reglas especiales que imponen al proveedor la obligación de hacer entrega al consumidor de un documento o carta de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse, y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere. Así, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley francesa N° 11164 del 22 de diciembre de 1972 sobre ventas a domicilio cuyas disposiciones fueron incluidas en el artículo L.121-25 del Código del Consumo, el proveedor debe entregar un formulario especial al consumidor a fin de facilitarle el ejercicio de su derecho a retractarse del contrato. Asimismo, según el artículo 69.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española, el empresario debe entregarle al consumidor un “documento o carta de desistimiento” en el que consten los siguientes datos: nombre y dirección de la persona a que debe remitirse y referencia de identificación del contrato y de los contratantes. Por tanto, el empresario tiene inicialmente dos obligaciones: en primer lugar, informar y documentar por escrito la facultad legal de desistimiento. Pero adicionalmente se le impone la obligación de facilitar el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor mediante la entrega de un documento específico. Corresponde al empresario la carga de demostrar el cumplimiento de estas dos obligaciones.

desistimiento produce una situación de ineficacia contractual. El consumidor queda desligado del contrato de adhesión celebrado con el proveedor, quedando este igualmente liberado de sus obligaciones contractuales. No cabe hablar aquí de un contrato inválido, sino de un contrato que ha devenido ineficaz por la voluntad de uno de los contratantes al cumplirse la condición resolutoria potestativa a la cual dicho contrato se encontraba sometido por disposición de la ley.

El desistimiento opera pues sobre un contrato perfecto que ya ha producido sus efectos, extinguiéndolo<sup>91</sup>.

En principio, se trata de una *extinción total*<sup>92</sup>. No cabe desistir parcialmente del contrato, salvo que el proveedor consienta en ello.

Además, la ineficacia del contrato conlleva la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen recibido en ejecución del contrato que ha quedado resuelto.

## 2) La restitución recíproca de las prestaciones

### a) Principio general

El ejercicio de derecho de desistimiento de un contrato de adhesión válido y eficaz hace surgir nuevas obligaciones a cargo de sus partes: las de volver a la situación que tenían antes de celebrar ese contrato; por lo cual, deben restituirse mutuamente lo que han recibido por concepto de su ejecución. El desistimiento oportunamente ejercido determina pues el reestablecimiento del *statu quo* anterior al perfeccionamiento del contrato.

Desde luego la vuelta a la situación inicial no puede perjudicar los posibles derechos de los terceros como, por ejemplo, los terceros subadquirentes o los acreedores del consumidor<sup>93</sup>.

---

91 El artículo 73 de la LEDEPABIS señala que “en el caso de que [el consumidor] ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado...”.

92 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1286.

93 Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: “Derecho de desistimiento” en *Régimen jurídico general del comercio minorista*. Obra colectiva coordinada por Francisco José Alonso Espinoza, José Antonio López Pellicer, José Massagner Fuentes y Antonio Reverte Navarro. Madrid, 1999. p.p. 156-157. La doctrina italiana se refiere a esta particular eficacia del desistimiento (*recesso*) como un supuesto de eficacia retroactiva obligatoria *inter-partes* para distinguirla de la eficacia real absoluta que se produce tanto entre las partes como respecto de los terceros y que es propia

## **b) La restitución de la cosa por el consumidor**

### **b-1) Fundamento**

El artículo 73 de la LEDEPABIS, dando por supuesta la extinción del contrato como consecuencia del desistimiento, regula parcial y fragmentariamente las consecuencias que derivan de esa extinción, disponiendo que “en el caso de que [el consumidor] ejercite oportunamente este derecho le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes...”. Desde luego, la devolución por parte del proveedor de las sumas abonadas por el comprador presupone la correlativa devolución de las prestaciones recibidas por el consumidor. Lo contrario se traduciría en un enriquecimiento sin causa por parte del consumidor.

En consecuencia, una vez ejercitado el derecho a desistir, nace para el consumidor la obligación de restituir el bien y para el proveedor la de devolver las cantidades abonadas en concepto de precio<sup>94</sup>, y en tanto el primero no devuelva la prestación no podrá verse el segundo compelido a devolver las cantidades abonadas. En efecto, mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la terminación del contrato esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba. Tales son los principios generales que gobiernan la restitución recíproca de las prestaciones con ocasión de la terminación del contrato.

### **b-2) Forma de la restitución**

La regla general es que el consumidor debe restituir lo que efectivamente recibió. Si esto no es posible porque, por ejemplo, las cosas recibidas fueron consumidas o transformadas, para poder desistir del contrato el consumidor tendrá que devolver otro tanto de la misma especie y calidad (*tantundem*) si se trata de cosas fungibles; o restituir el equivalente de las cosas recibidas, es decir, su valor para el momento en

---

de otros medios de extinción de los contratos como la nulidad o la resolución. Al respecto, véase: GABRIELLI, G.: *op. cit.* p. 40; RAVERA, Enrico: *op. cit.* p.p. 136-138, TATARANO, G.: Voz “Retroattività” (Diritto Privato) en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XL. Arese Giuffrè. Milano, 1989. § 1. Consultada en versión electrónica (DVD).

94 Como afirma Gabrielli “las prestaciones ya cumplidas o la actividad preparatoria desplegada viene a quedar desprovista de título” (GABRIELLI, G.: *Ibidem.* p. 48).

que le fueron entregadas<sup>95</sup>. Por lo cual, en esta eventualidad, debido al breve plazo que tiene el consumidor para desistir, el desistimiento muy probablemente no conducirá a ningún resultado práctico.

Si el contrato era de prestación de servicios, para que el usuario pueda retractarse y obtener la devolución de lo pagado, tendrá que restituir aquello en lo que se ha traducido el servicio, o en su defecto pagar el precio del servicio recibido<sup>96</sup>, puesto que los servicios no pueden ser objeto de devolución o restitución *in natura*<sup>97</sup>.

### ***b-3) Deterioro de la cosa***

El consumidor debe restituir la cosa en el mismo estado en que se encontraba en el momento en que la recibió, salvo el deterioro normal de la cosa. Si la cosa se ha deteriorado, los deterioros son por cuenta del proveedor. El consumidor no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a su naturaleza. Sólo si la cosa se ha deteriorado por hecho del consumidor, este conserva el derecho a retractarse del contrato, pero deberá abonarle al proveedor la pérdida de valor causada por el deterioro.

Tampoco tendrá el consumidor obligación de indemnizar al proveedor por el desgaste o deterioro de la cosa debido a su prueba – piénsese en el caso de ventas a distancia o por correo electrónico – para tomar una decisión definitiva sobre su adquisición. Desde luego, la buena fe exige que tales pruebas se limiten a lo estrictamente necesario según las circunstancias. Así, se afirma, que para ver si la mesa produce el resultado

---

95 Como afirma García Vicente: “La naturaleza consumible del objeto de la prestación no puede alterar las reglas generales y sus límites: se persigue el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato..., pero sin favorecer al consumidor con un enriquecimiento.” (GARCÍA VICENTE, José Ramón: *op. cit.* p. 224).

96 En contra, en la doctrina italiana, Ravera afirma que en caso de prestación de servicios, no puede ejercitarse el desistimiento por lo que respecta a las prestaciones ya disfrutadas (RAVERA, Enrico: *op. cit.* p. 458).

97 En otras legislaciones, la solución es diferente, Así en España el artículo 74.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que el usuario no tendrá que reembolsar cantidad alguna por el uso del servicio. En defecto de una disposición de este corte en nuestra legislación, no resulta procedente, de acuerdo con los principios generales que gobiernan la obligación de restituir la prestación recibida, considerar que el usuario que pretenda desistir del contrato no esté obligado a restituir al proveedor por equivalente, el valor del servicio prestado.

apetecido en el salón no hace falta utilizarla para cenar; se puede probar el abrigo, pero no vestirlo para comprobar en la calle sus cualidades; el horno se puede encender, programar, etc., pero sin asado adentro, y dichas pruebas no deben impedir que el proveedor, en caso de ejercitarse la facultad de desistimiento, pueda volver a ofrecer el *mismo* objeto<sup>98</sup>.

Estas son las reglas generales aplicables a las obligaciones de restitución derivadas del cumplimiento de la condición resolutoria (Código Civil, artículos 1.203 y 1.204). Por tanto, el consumidor debe indemnizar al proveedor los daños y perjuicios ocasionados a la cosa por su culpa, es decir, por no haberla cuidado y conservado con la diligencia propia de un buen padre de familia, que sabe que está obligado a restituirla si se retracta del contrato; si los daños y perjuicios se han producido en la cosa sin culpa del consumidor, los soportará el proveedor quien deberá restituir el precio íntegro<sup>99</sup>.

#### ***b-4) Frutos***

El consumidor, a su vez, está obligado a restituir la cosa con los frutos y productos que hubiere percibido desde la fecha en que el proveedor se la entregó. Desde luego, el consumidor tiene el derecho de detraer de los frutos que debe restituírle al proveedor los gastos en que hubiere incurrido para la percepción de dichos frutos (arg. *ex art.* 553 del Código Civil).

Se plantea la interrogante de si se pueden compensar los frutos de la cosa con los intereses del precio.

La doctrina extranjera se encuentra dividida al respecto<sup>100</sup>.

Según algunos autores, por razones de orden práctico debe admitirse la compensación. Se evita así el difícil problema de determinar el monto

98 *Cfr.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: *op. cit.* p. 158.

99 El mismo régimen se aplica en caso de deterioro o de daños que sufra la cosa vendida *sub-retro*. Al respecto, véase lo que expongo en mi libro *El retracto convencional...* *cit.* p.p. 69-70.

100 Las citas de la doctrina extranjera que siguen se refieren a la posibilidad de compensar los frutos de la cosa con los intereses del precio con ocasión de las obligaciones de restitución derivadas de la declaratoria con lugar de la acción de nulidad o de la acción redhibitoria de la venta. Pero la misma cuestión se plantea con motivo de la restitución recíproca de las prestaciones en caso de terminación del contrato por el desistimiento del consumidor.

de los frutos percibidos durante el período en el cual el consumidor tuvo la cosa en su poder<sup>101</sup>.

Otros autores, en cambio, sostienen que no cabe admitir la posibilidad de compensar frutos e intereses puesto que ningún texto legal autoriza esta compensación<sup>102</sup>. Por lo cual, el proveedor debe restituir los intereses del precio recibido y el consumidor los frutos pendientes y el valor de los percibidos mientras la cosa estuvo en su poder, sin que pueda invocarse la compensación.

A nuestro modo de ver, ni el consumidor debe restituir los frutos producidos ni el proveedor los intereses del precio. Razones de equidad imponen la solución de que ninguna de las dos partes deba restituir nada a la otra por estos concepto, puesto que de no ser así “la cuantía de las restituciones dependería o bien del azar, o si no de la mayor o menos habilidad de uno de los contratantes para colocar sus capitales o para ser fructificar sus bienes, habilidad que aprovecharía a la otra parte”<sup>103</sup>. Además, si el proveedor hubiere actuado de mala fe la restitución de los frutos podría significar premiar su conducta dolosa.

Son pues consideraciones de equidad las que imponen esta solución. Pero no es correcto afirmar, como lo hacen algunos, que esos intereses y esos frutos no se restituyen recíprocamente porque se compensan; ya que la compensación solo opera entre cantidades líquidas y exigibles (Código Civil, artículo 1.333) y solo hasta su concurrencia (Código Civil, artículo

---

101 Al respecto, véase: POTHIER, R.J.: *Traité des Contrats de Vente et des Retraits*. Tome III dans les *Oeuvres* de Pothier publiée par M. Siffrein. Paris, 1.821. p. 137; TROPLONG, M.: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, depuis et compris le titre de la vente. De la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoleon*. Tome II. Charles Hingray, libraire éditeur. Troisième édition. Paris, 1.856. p. 37; AUBRY C. y RAU, C.: *Cours de Droit Civil Français*. Tome V. Cinquième édition. Paris, 1.907. p. 113, especialmente, nota 16.

102 Al respecto, véase: LAURENT, F.: *Principios de Derecho Civil*. Traducción castellana. Tomo XXIV. Asociación Editorial Cubano-Mejicana. Méjico y Habana, 1.917. p. 324; FUBINI, Ricardo: *La teoria dei vizi redibitori nel diritto civile e commerciale italiano*. Torino, 1906. p. 341; TARTUFARI, Luis: “De la Venta y Del Reporto”. Vol. II. en Bolaffio, Rocco y Vivante. *Derecho Comercial*. Tomo 4º. Traducción castellana de Delia Viterbo de Frieder y Santiago Sentís Melendo. Ediar Editores. Buenos Aires, 1.948. p. 138; GORLA, Gino: *La compravendita... cit.* p. 163.

103 DE PAGE, Henri: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Tome II. Les Principaux Contrats Usuels. Première partie. Bruylant. Bruxelles, 1.938. p. 749.

1.332). Son en fin razones fundadas en la equidad las que imponen que así como los frutos de la cosa vendida corresponden al consumidor quien los disfruta y no está obligado a restituirlos, los intereses del precio de la venta corresponden al proveedor quien tampoco debe reintegrarlos<sup>104</sup>.

### ***b-5) Gastos de conservación y gastos útiles***

Finalmente, *¿tendrá derecho la parte que desiste del contrato y restituye un bien, a exigir de la otra el pago de los gastos que le ha causado esa cosa y las mejoras que le ha hecho?* Parece ser el criterio general de nuestro Código, cuando se refiere a restitución de bienes, que los *gastos necesarios y útiles*, deben ser reembolsados a quien los hizo, no así los *suntuarios* (artículo 792 en materia de posesión; artículo 1.183 en materia de pago de lo indebido; artículo 1.511 en materia de evicción; artículo 1.544 en materia de retracto). Por consiguiente, deben reembolsarse esos gastos, excepto los *suntuarios*.

De ahí que el proveedor debe restituir los gastos efectuados por concepto de reparaciones necesarias y por las mejoras que hayan aumentado el valor de la cosa hasta cubrir el importe del aumento (Código Civil, artículo 1.544).

*Las reparaciones necesarias*, esto es, aquellas que se hacen para conservar la cosa y evitar su perecimiento se reembolsan íntegramente, por razones de equidad y para evitar un enriquecimiento del proveedor a expensas del consumidor.

En cambio, el consumidor no puede reclamar por los gastos útiles, esto es, por los gastos que se realizan para aumentar el valor de la cosa haciéndola más productiva, sino la suma menor entre el monto de las *impensas* y el mayor valor dado a la cosa (Código Civil, artículo 792)<sup>105</sup>.

104 En el mismo sentido se pronuncia, en la doctrina nacional, el profesor Francisco López Herrera al referirse a la compensación de los frutos con los intereses con ocasión de los efectos restitutorios que entre las partes produce la nulidad de los contratos. (LÓPEZ HERRERA, Francisco: *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*. Empresa "El Cojo" S.A. Caracas, 1952. p. 204).

105 La solución legal es diferente cuando el vendedor rescata la cosa vendida *sub-retro* en cuyo caso el vendedor está obligado a reembolsarle al comprador *las mejoras*, esto es, los gastos que se realizan para aumentar el valor de la cosa haciéndola más productiva, por el importe del mayor valor que haya adquirido la cosa (Código Civil, artículo 1544). A los efectos del reembolso de las mejoras cuando se ejercita el

Desde luego, debido al corto período de tiempo que tiene el consumidor para desistir, en la generalidad de los casos este problema no se presentará en la práctica.

La restitución de los gastos por concepto de mejoras no comprende los *gastos suntuarios o voluptuarios* que son los que tienen por objeto adornar o embellecer la cosa, y aunque puedan aumentar su valor, no incrementan sus cualidades productivas. Nada puede reclamar el consumidor que desiste del contrato por este concepto, pero puede llevarse los objetos en que se hayan efectuado dichos gastos, siempre y cuando la cosa no sufra deterioro. Si el consumidor encuentra que esto le resulta demasiado oneroso, sencillamente con no ejercer el derecho de desistir tiene.

#### ***b-6) Imposibilidad de devolver la cosa por parte del consumidor***

Como indicamos en su oportunidad, el desistimiento que puede ejercitar el consumidor *ex* artículo 73 de la LEDEPABIS es una condición resolutoria potestativa a la que se encuentra sometido el contrato de adhesión celebrado (*supra*, N° VII). Por consiguiente, aplicando las soluciones que aporta la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición resolutoria, si la cosa perece o se pierde durante el plazo que tiene el consumidor para desistir, el riesgo del perecimiento o de la pérdida fortuita lo soporta el comprador bajo condición resolutoria quien no puede pedir la devolución del precio (arg. *ex*. art. 1.203 del Código

---

retracto convencional, poco importa que el monto del gasto sea superior o inferior al incremento de valor. El vendedor está siempre obligado a restituir el aumento de valor, independientemente de que el mismo exceda o no a las cantidades desembolsadas por el comprador para realizar dichas mejoras. Si el vendedor encuentra que el monto de la restitución es demasiado oneroso, sencillamente con no ejercer el rescate tiene. Al respecto, véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El retracto convencional...* cit. p. 66.

Civil)<sup>106</sup>. La pérdida fortuita la sufre pues el consumidor quien no tiene derecho a la restitución de las cantidades pagadas<sup>107</sup>.

Pero si la cosa se deteriora fortuitamente antes del ejercicio del derecho de desistimiento, es el proveedor quien corre con el riesgo del deterioro y tiene que restituir el precio íntegro (*supra*, N° X,2,b-3). Por tanto, frente a un consumidor diligente, será el proveedor quien soportará el riesgo del deterioro de la cosa durante el plazo del que dispone el consumidor para desistir.

Ahora bien, de acuerdo con los principios generales aplicables a la obligación de restituir cosas, si después de ejercido el desistimiento desaparece por caso fortuito o fuerza mayor el bien que debe restituir una de las partes, su obligación se extingue (Código Civil, artículo 1.344).

A su vez, en atención a la interdependencia o reciprocidad de las prestaciones de las partes, si una de ellas no puede cumplir su obligación por causa extraña no imputable, no puede obligar a su contraparte a ejercitar su propia prestación<sup>108</sup>. De ahí que, por aplicación del Derecho

106 Al respecto, véase: MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *Leçons de Droit Civil*. (Tome II. Premier Volume). (Obligations. Théorie Générale). Montchrestien. París, 1998. p. 1021, especialmente, la nota 2 y la jurisprudencia francesa allí citada. Cabe hacer notar que si bien el artículo 1.203 del Código Civil se refiere a los efectos que produce el cumplimiento de la *condición suspensiva* respecto de los riesgos, se admite que los efectos de la condición resolutoria cumplida son inversos a los que produce la condición suspensiva cumplida. En la doctrina nacional, véase: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2009. p. 323; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p. 806; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría General de la Obligación* (Parte General de las Obligaciones). Caracas, 1985. p. 497.

107 No existe en la LEDEPABIS una disposición similar al artículo 75 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española según la cual cuando el consumidor no pueda devolver la prestación recibida por una causa extraña no imputable, tendrá no obstante el derecho a obtener del empresario la devolución del precio. De acuerdo con esta disposición es el empresario quien soporta los riesgos del contrato puesto que se le permite siempre al consumidor desistir obteniendo la restitución del precio pagado, sin tener que devolver la prestación perdida fortuitamente. En nuestra legislación, en ausencia de una disposición similar, en caso de imposibilidad de restituir la prestación tienen que aplicarse los principios generales que resultan de la aplicación de la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición resolutoria, tal y como se indica en el texto.

108 *Cfr.* GHESTIN, Jacques avec le concours de BILLAU, Marc: "Les obligations - Les effets du contrat" en *Traité de Droit Civil*. Tome III. L.G.D.J. París, 1992. p.p. 508-509;

común, el hecho de que el consumidor no pueda devolver la prestación recibida le impide reclamar la devolución del precio pagado. Y si lo hiciere, el proveedor podrá negarse a restituirlo porque al haberse extinguido la obligación del consumidor por causa extraña no imputable, la obligación recíproca del proveedor se extingue por la interdependencia que guarda con aquella. Sería injusto que el contratante que no recibe la contraprestación, quede obligado a cumplir con la suya.

Desde luego, una vez ejercitado el desistimiento y antes de la devolución, el consumidor tiene el deber de conservar la cosa como un buen padre de familia y, por ende, responde de la pérdida que le sea imputable con arreglo a las reglas generales.

Por último, si la obligación del consumidor consiste en la restitución de una cosa cierta y determinada, él se libera entregándola en el estado en que se encuentre al momento de la entrega, siempre que los deterioros sobrevenidos no se deban a su dolo o culpa, o al dolo o culpa de las personas de que el sea responsable, y siempre que el consumidor no esté constituido en mora antes de ocurrir los deterioros (Código Civil, artículo 1.293); pero cuando se trata de cosas *in genere* el consumidor cumple con su obligación de restituir, devolviendo una cosa de calidad media, sin que esté obligado a devolver una de la mejor calidad, ni pueda tampoco devolver una de la peor (Código Civil, artículo 1.294).

Tales son los principios generales que gobiernan la materia.

### ***c) Restitución del precio por el proveedor***

En caso de que el consumidor ejercite oportunamente el derecho de retractarse del contrato de adhesión celebrado, dice el artículo 73 de la LEDEPABIS, le será restituido el precio cancelado dentro de los siete días siguientes a partir de la fecha de la manifestación de su voluntad.

De donde resulta que cuando el consumidor haya ejercido el derecho de desistimiento, el proveedor está obligado a devolverle las cantidades pagadas en concepto de precio. La devolución de estas sumas, por supuesto, debe hacerse lo más pronto posible y, en cualquier caso,

---

MAZEAUD, H.L. y J. y CHABAS, François: *op. cit.* (Tome II. Premier Volume.). p.p. 1162-1163; DE PAGE, Henri: *op. cit.* Tome II. N° 843. p. 766; MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *op. cit.* Tomo II. p. 954; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina General... cit.* p.p. 787-790.

dentro de los siete días siguientes a la fecha en que el consumidor notificó al proveedor su decisión de retractarse del contrato. Ya hemos dicho que el desistimiento es un negocio jurídico unilateral recepticio; por lo cual, solo existe y produce sus efectos cuando llega al conocimiento del destinatario o proveedor.

La doctrina extranjera considera que el *dies a quo* de este plazo de siete días es el día en que el consumidor restituyó efectivamente el bien, y no la fecha en que haya ejercitado su derecho de desistimiento, porque de otra manera el consumidor podría reclamar la devolución de la sumas abonadas sin haber restituido el producto, lo que no se ajustaría al principio general de la reciprocidad y simultaneidad que rige la restitución de ambas prestaciones<sup>109</sup>. Nos parece razonable este criterio.

En todo caso, el plazo de que dispone el proveedor para restituir el precio recibido, como se dijo, deberá ser lo más corto posible sin que su reembolso pueda dilatarse más de siete días. Si transcurre dicho plazo y el consumidor no ha recibido la suma adeudada, este podrá exigir el pago de los intereses moratorios correspondientes, los cuales consistirán en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, salvo disposiciones especiales (arg. *ex art.* 1.277 del Código Civil)<sup>110</sup>. De *lege ferenda*, convendría en una reforma de la LEDEPABIS contemplar que transcurrido este plazo de siete días sin que el proveedor hubiere efectuado la restitución a que tiene derecho el consumidor, este tendrá derecho a reclamarla duplicada (*daños punitivos*).

En relación con la restitución del precio, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la ley se refiere al derecho que tiene el consumidor de que se le restituya el *precio cancelado*. No habla del valor del bien sino del precio cancelado. Por consiguiente, se trata de una obligación pecuniaria y no de una deuda de valor a cargo del proveedor predisponente. No hay que atender pues para reembolsar el precio al valor que la cosa

109 BELUCHE RINCÓN, Iris: *op. cit.* p. 91; CLEMENTE MEORO, Mario E.: *op. cit.* p. 176.

110 En otros ordenamientos la solución legal es diferente. Así, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española “transcurrido dicho plazo sin que el consumidor o usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad”.

comprada tenga en el momento del desistimiento<sup>111</sup>. Por lo cual, no podría el consumidor, quien por lo demás puede elegir entre desistir del contrato o no, pretender la restitución de un precio mayor alegando que la cosa ha aumentado de valor. Tampoco puede el proveedor pretender restituir un precio inferior con base en una disminución del valor de la cosa.

Pero adicionalmente, como el artículo 73 de la LEDEPABIS alude al derecho del consumidor a recibir la devolución del *precio cancelado* y no a la devolución de las sumas o cantidades pagadas o abonadas, el proveedor solo está obligado a restituir las cantidades recibidas en concepto de precio y no otras como, por ejemplo, los gastos de la venta que hayan sido sufragados por el consumidor. Que el precepto no se refiera a la devolución de las “sumas abonadas” por el consumidor sino a la devolución del precio supone que el proveedor no está obligado a devolver aquellas cantidades que haya recibido en concepto distinto al de precio, como pueden ser los gastos de entrega y transporte.

Ahora bien, como el ejercicio del derecho de desistimiento es gratuito y no puede acarrear ninguna penalidad para el consumidor (*supra*, N<sup>os</sup> VIII,7 y IX,6), el proveedor esta obligado a reintegrarle el importe total del precio satisfecho, sin que tal cantidad pueda verse reducida por el descuento de ningún gasto, salvo los gastos de entrega o instalación en que haya incurrido el proveedor en aquellos casos en los cuales el bien entregado tenga características idénticas a las establecidas en el respectivo contrato de adhesión (LEDEPABIS, artículo 73, segundo párrafo). Como norma general, el proveedor no puede pues hacer retenciones por gastos ni por ningún otro concepto.

Por consiguiente, el vendedor debe restituir el precio íntegro sin poder compensar las cantidades que le sean debidas las cuales, por lo demás, difícilmente podrán considerarse líquidas a estos efectos (Código Civil, artículo 1.333), pudiendo exigir las solo *a posteriori*. El artículo 73 de la LEDEPABIS es absolutamente claro al respecto. Únicamente pueden descontarse del monto a ser restituido, cuando el bien entregado o servicio prestado tenga características idénticas a las que fueron pautadas en

---

111 La solución legal difiere de la contemplada en la ley para otros supuestos en los que procede la obligación de restituir el precio, donde el consumidor tiene el derecho a que se le restituya “el monto equivalente al *precio actual* del bien u objeto del servicio” (LEDEPABIS, artículo 85).

el contrato de adhesión, los gastos en que haya incurrido el proveedor en la entrega e instalación del bien o servicio, siempre y cuando dichos gastos se hayan hecho constar en el respectivo presupuesto o factura.

Por último, la restitución debe hacerse en dinero líquido en la misma forma (efectivo o tarjeta de crédito) como lo pagó el consumidor. Por consiguiente, no podría el proveedor imponerle al consumidor recibir la devolución del precio pagado en “vales” a canjear o gastar en la misma tienda, establecimiento o cadena comercial, ni bajo la modalidad de “cambio por otros productos”<sup>112</sup>. Ello implicaría una vulneración de los derechos de los consumidores quienes tienen el derecho cuando desisten del contrato de adhesión celebrado a obtener del proveedor el reintegro de las cantidades entregadas en concepto de precio, exactamente como fueron pagadas.

### **3) Efectos del desistimiento sobre los contratos de crédito al consumo**

Con frecuencia los consumidores adquieren financiamiento para comprar o adquirir un bien o servicio. Se plantea el problema de la incidencia que tiene el ejercicio del derecho de desistimiento del contrato de adquisición por el consumidor, sobre el contrato suscrito para financiar la respectiva compra o adquisición. Cuando el consumidor que desiste hubiere obtenido un crédito para hacer frente al pago del precio *¿qué suerte corre el contrato de crédito obtenido para el pago del precio?*

En algunas Directivas de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea), se establece que en caso de ejercicio del derecho de desistimiento con relación al contrato principal, quedan igualmente resueltos los contratos de préstamo concedidos por el propio proveedor o por un tercero concertado con el proveedor<sup>113</sup>. En tal caso, cuando el prestamista sea el

112 Cfr. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: *op. cit.* p. 1295.

113 Al respecto, véase: Directiva 94/47/CE del 26 de octubre de 1994 (hoy derogada) del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en lo referente a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (artículo 7); Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (artículo 6.4); Directiva 2008/122/CE del 14 de enero de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los

propio proveedor o un tercero que actúa concertado con él, el ejercicio del derecho de desistimiento lleva implícita la resolución automática de ese crédito vinculado al contrato sin que el consumidor haya de soportar ninguna pena o gravamen.

La finalidad es clara. Se persigue evitarle al consumidor que se retracte del contrato los daños y perjuicios derivados de la subsistencia de un contrato de préstamo celebrado para financiar la respectiva adquisición del bien o servicio que, finalmente, queda sin efecto<sup>114</sup>. De esta forma el contrato de financiamiento puramente instrumental de la operación principal queda igualmente desprovisto de eficacia, de un modo automático, como consecuencia del ejercicio del desistimiento respecto de la operación principal.

A nuestro modo de ver a la misma solución puede llegarse en el Derecho venezolano.

La doctrina nacional admite que cuando el contrato que se da por terminado por voluntad de una de las partes está enlazado causalmente con otro contrato, de modo que ambos constituyan una indivisibilidad jurídica, la terminación se extiende al otro contrato<sup>115</sup>.

Ahora bien, es evidente que existe una conexión causal entre la adquisición de un bien de consumo y el contrato de préstamo celebrado para financiar dicha adquisición, tanto más cuanto que el destino de los fondos provenientes del préstamo está atado a la respectiva adquisición al punto que esta situación determina un enlace funcional del contrato

---

contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (artículo 11.2). En la misma dirección, de acuerdo con el artículo 77 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española “cuando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor o usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al mismo tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor o usuario”.

114 Cfr. AGUILAR RUIZ, Leonor: *La protección legal del consumidor de crédito*. Valencia, 2001. p. 175.

115 RODNER, James Otis: *Los contratos enlazados. El subcontrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Estudios. N° 77. Caracas, 2008. p.p. 44 y 106.

de financiamiento con el contrato de compra-venta. En efecto, si del contrato de préstamo resulta que el motivo determinante del consentimiento del consumidor prestatario es adquirir con los fondos prestados un bien determinado estando, por supuesto, consciente de ello el prestamista; ese motivo entra a formar parte de la causa del contrato. No hay duda pues que estamos ante una conexión funcional de contratos, es decir, ante dos contratos vinculados por la causa: el contrato de adquisición de un bien o servicio y el contrato para financiar dicha operación.

La ausencia sobrevinida de causa produce la ineficacia del contrato (arg. *ex art.* 1.157 del Código Civil). Pues bien, la resolución del contrato de crédito tanto con el propio vendedor como con un tercero deriva de la ausencia sobrevinida de causa del mismo que es precisamente la compra del producto o la adquisición del servicio del que se desiste.

Por lo antes expuesto, el desistimiento del contrato de compra-venta o de prestación de servicios debe traer como consecuencia la terminación del respectivo contrato de crédito. Y ello debe hacerse sin cargo alguno para el consumidor. En efecto, el principio general según el cuál el desistimiento no debe acarrear penalidad alguna para el consumidor (*supra*, N<sup>os</sup> VIII,7 y IX,6) rige incluso cuando el contrato de adhesión celebrado coexista con un contrato accesorio de crédito enlazado causalmente con aquél. Lo contrario comportaría una limitación al ejercicio del derecho de desistimiento que permitiría incluso eludir este mecanismo protector del consumidor. En fin, lo que se persigue es que el ejercicio del derecho de desistimiento por justa causa que corresponde al consumidor no encuentre obstáculos de ninguna especie.

La resolución del crédito dará lugar a la restitución por el consumidor de las cantidades prestadas. Si el crédito procede del proveedor, procederá la compensación con su obligación de devolver al consumidor o usuario el precio recibido. Tratándose de un tercero nada impide que el proveedor restituya directamente las sumas pagadas al financista en lugar de restituírselas al consumidor para que este se las devuelva a aquél<sup>116</sup>.

---

116 *Cfr.* CLEMENTE MEORO, Mario E.: *op. cit.* p. 183.

## **XI. DESISTIMIENTO Y ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL CONSUMIDOR DE ACUERDO CON EL DERECHO COMÚN**

La falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado o su ejercicio incorrecto no impide el posterior ejercicio de las acciones que correspondan al consumidor conforme al Derecho común. El derecho a desistir del contrato de adhesión celebrado no es en modo alguno incompatible con las acciones de nulidad o resolución, o con la acción de saneamiento por evicción o vicios ocultos, o con otros recursos que pueda hacer valer el consumidor como, por ejemplo, la acción de cumplimiento, las acciones indemnizatorias por daños y perjuicios, etc.

El derecho de desistimiento no supone pues una restricción de los medios defensivos o de las acciones ordinarias con que cuenta el consumidor de acuerdo con el Derecho común. Antes por el contrario, las disposiciones de la LEDEPABIS que atribuyen al consumidor el derecho a desistir del contrato se integran, como el resto de las disposiciones protectoras del consumidor, en el régimen general del Derecho común (arg. *ex art.* 8 <numerales 4, 11, 13 y 18> de la LEDEPABIS). No debe olvidarse que los contratos con los consumidores en todo lo que no esté expresamente establecido en la LEDEPABIS o en leyes especiales se rigen por las disposiciones legales aplicables a los contratos en general<sup>117</sup>.

Desde luego, en atención a los gastos que implican, hay que suponer que el consumidor, como regla general, no ejercerá las acciones de nulidad o resolución, si dispone aún del derecho de desistimiento, pero esto no quiere decir que el consumidor no pueda – si así lo desea – desde la fecha de la celebración del contrato y todavía en vigor el derecho a desistir interponer cualquier otra acción, puesto que la ley no establece un orden de prelación entre los mecanismos de defensa del consumidor.

De la misma manera, la falta de ejercicio del derecho de desistimiento tampoco le impide al consumidor hacer exigibles las garantías del proveedor conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la LEDEPABIS y obtener la reparación del bien o, en su caso, su restitución o la devolución de la cantidad pagada a su valor actual de acuerdo con el artículo 80 *ejusdem*.

---

117 Para un detenido examen de las relaciones entre el Derecho del consumo y la teoría general del contrato, véase: RZEPECKI, Nathalie: *op. cit.* p.p. 409 a 582.

## **XII. INFRACCIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO**

El desconocimiento por parte del proveedor del derecho de desistimiento y de sus efectos constituye una infracción administrativa sancionable conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de la LEDEPABIS, en concordancia con el artículo 8 (numeral 13) *ejusdem*.

Además, se consideran nulas las cláusulas o estipulaciones de los contratos de adhesión que impliquen la renuncia del derecho a desistir del contrato que la ley reconoce a los consumidores o que limiten su ejercicio (LEDEPABIS, artículo 74, numeral 2).

Sin perjuicio de lo antes expuesto, en aquellos casos en los cuales el consumidor tuviere derecho a desistir del contrato y hubiere ejercitado el derecho de desistimiento cumpliendo con todos los requisitos legales, si el proveedor se negare a admitir el desistimiento, el consumidor podrá acudir para resolver el fondo del asunto a los tribunales de justicia (arg. *ex art. 8 <numeral 11> de la LEDEPABIS*) (*supra*, N° IX-7).



# La Acción de Nulidad Absoluta como Medio de Impugnación de las Decisiones de las Asambleas de La Sociedad Anónima

Luis Enrique Mata Palacios

*“La multitud de leyes, frecuentemente presta excusas a los vicios”.*

Descartes

## RESUMEN:

La impugnación de las decisiones de la asamblea de accionistas a través de la acción de nulidad representa uno de los problemas más difíciles del Derecho de las sociedades anónimas. De esa manera, la sumisión de los socios a las decisiones de la asamblea, sólo rige con plena vigencia frente a las que sean válidas; no se trata de una sumisión incondicional.

## Palabras Clave:

sociedad anónima, asamblea de accionista, nulidad de las decisiones de la asamblea

## Abstract:

The challenge of shareholders' meetings through the absolute annulment action is one of the most demanding question of Corporation's Law. The premise of this work is that the will to submit to the decisions of shareholders meeting only exists as so far these decisions are valid. Hence, it is not an unconditional submission.

## Key words:

corporations, shareholder's meetings, annulment of shareholders' decisions

## I. INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

En este trabajo estudiaremos un problema que ha sido debatido por la doctrina y jurisprudencia patria arduamente, y que aún hoy resulta de especial interés en el campo de las sociedades anónimas; nos referimos a la impugnación de las decisiones de la asamblea a través de la acción de

nulidad lo que constituye –como señala Wieland– uno de los problemas más difíciles del derecho de las sociedades anónimas.<sup>1</sup>

Como bien explica ZERPA, la asamblea constituye un área de confrontaciones y conflictos entre los socios; por lo cual, partiendo del principio de la obligatoriedad de sus decisiones, el conocimiento de los medios para impugnarlas, cuando ellas son violatorias del ordenamiento que las rigen, es un tema de singular interés científico en nuestro derecho, por sus graves consecuencias en el funcionamiento de la sociedad.<sup>2</sup> En el presente trabajo analizaremos la acción de nulidad absoluta en relación con el objeto que hoy nos ocupa: la impugnación de las decisiones. Primeramente nos pasaremos por las posiciones contrarias a la aceptación de la acción; luego analizaremos a aquéllas que la admiten, y finalmente, esbozaremos nuestras conclusiones y propuestas arguyendo la procedencia de la acción de nulidad absoluta, enmarcada en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

## II. LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

### A. Definición

Encontramos en la doctrina nacional, una definición de nulidad sugerida por MADURO y PITTIER, según la cual, “es la consecuencia de un defecto en la formación del acto que lo hace ineficaz o insuficiente para producir los efectos jurídicos perseguidos por las partes”.<sup>3</sup> Asimismo, advierten los precitados autores que la doctrina ha clasificado a la nulidad en: i) absoluta y ii) relativa. La primera se produce cuando se han violado normas imperativas o prohibitivas que lesionan el orden público

- 
- 1 Tomado de: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Tratado de Sociedades Mercantiles pg.49.
  - 2 ZERPA, La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la sociedad Anónima, pg.7.
  - 3 MADURO y PITTIER, Curso de Obligaciones Derecho Civil III, pg.753; al respecto ver también: LÓPEZ HERRERA, La Nulidad de los Contratos en la Legislación de Venezuela, Caracas 1952; COLIN y CAPITANT, Curso elemental de derecho civil, Madrid, 1952; cfr. al respecto advierte CORSI que “en sedes materiae es necesario fijar conceptos precisos y determinados. Los conceptos de ineficacia, invalidez nulidad, anulabilidad son usados por la ley promiscuamente.” En: CORSI, Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A, pg.728

o las buenas costumbres,<sup>4</sup> a menos de que la ley previere alguna sanción distinta; mientras que la segunda es la sanción a la infracción de una norma que viola el interés particular de una de las partes.<sup>5</sup>

### B. Caracteres

Teniendo en cuenta la definición antes descrita, es fuerza referirnos a las consecuencias de la clasificación mencionada.

En lo atinente al proponente, la nulidad absoluta puede ser intentada por cualquiera de las partes o terceros interesados, léase, por cualquiera que tenga interés personal para obrar<sup>6</sup>; incluso el Juez pudiera declararla de oficio. Por el contrario, la nulidad relativa sólo podrá ser invocada por quien tuviere algún interés particular que hubiere sido violado.<sup>7</sup>

4 Así, apunta CORSI que en el campo de la nulidad serán nulos pues: Los negocios (contratos) en los que falta uno de los elementos considerados esenciales: voluntad, consentimiento, objeto y causa. Podrían así mismo reputarse nulos los actos en los que no haya sido implementada la forma requerida ad sustanciam: los negocios con causa ilícita y con objeto ilícito; en CORSI, Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A., pg.728. En este sentido ver también el comentario sobre la legislación francesa de MORLES en: MORLES, Curso de Derecho Mercantil, pg.1378.

5 En este sentido obsérvese que “el criterio del interés suele ser el punto de partida para distinguir entre nulidad absoluta y relativa; sin embargo, la distinción entre “interés público” e “interés privado” suele ser difícil de delinear de forma absoluta. Así “el ordenamiento jurídico obedece todo él a un interés general: a establecer las condiciones de existencia de la vida en común. Pero cuando en razón de éste, que diríamos ser el interés primario que persigue toda regla legal se establecen ciertas normas imperativas o prohibitivas y su inobservancia se sanciona con la nulidad, el ordenamiento busca actuar un concreto interés secundario (fin inmediato), a través del cual espera precisamente asegurar la debida realización de aquel interés primario (fin mediato). Este interés secundario es el que todavía clasificamos como “interés general o público” cuando su inobservancia incondicionada se considera tan primordial al mantenimiento de la vida en común que se busca ampliar lo más posible el círculo de las personas legitimadas para hacer valer la nulidad del acto que atenta contra la violación de la regla legal del caso: se habla entonces de nulidad absoluta. Otras veces, el interés secundario lo calificamos como un “interés privado o particular”, porque se deja al criterio de una persona o de un relativamente reducido círculo de personas la decisión acerca de si la observancia de la regla legal debe o no aparejar la nulidad sancionada. No será fácil, sin embargo, decir siempre que porque la norma está sancionada para proteger un interés privado, la nulidad es relativa.” MELICH ORSINI, Doctrina General del Contrato, pg.338

6 DONATI, L'invalidita delle deliberazione di assemblea delle societa anonime, pg.230.

7 Explica MÉLICH que “la nulidad absoluta, que es la que caracterizamos como un

Por otra parte, la nulidad absoluta no puede ser convalidada por las partes,<sup>8</sup> pues por más que las partes en cuestión tuvieran una particular intención en llevar a cabo tal negocio o acto, el derecho no podría reconocer la voluntad de dichas partes sobre el orden público que él mismo está llamado a proteger. Por el contrario, la nulidad relativa es convalidable. De la mano de lo anterior, es importante tener en cuenta que la nulidad absoluta podrá ser alegada en cualquier estado y grado de la causa; mientras que nulidad relativa deberá ser alegada en el libelo de la demanda o en la contestación de la misma.

Señala CORSI, haciendo referencia al criterio expuesto por ROCCO, otra diferencia atendiendo a los efectos del acto antes de la sentencia declarativa de nulidad;<sup>9</sup> pues el acto anulable produce sus efectos hasta la sentencia que declara la invalidez del acto; mientras que en los casos de actos nulos, la sentencia opera exnunc.<sup>10</sup>

---

supuesto de nulidad absoluta, suele ser el medio técnico utilizado por el ordenamiento para sancionar con la ineficacia aquellos actos en cuya producción haya sido violada una regla legal dirigida a preservar el interés general, y para asegurar la incondicionada observancia de ésta, se multiplican las posibilidades de hacer valer tal ineficacia, concediendo la legitimación a toda persona que tenga algún interés personal y excluyéndola de las formalidades procesales que de ordinario se imponen a quien acude a la administración de justicia. La nulidad relativa la utiliza el ordenamiento para sancionar con la ineficacia aquellos actos en cuya producción haya sido violada una regla legal cuya observancia en el caso concreto se exigía para preservar un interés particular, y en consideración a esta naturaleza particular o privada del interés protegido, se ha restringido a los portadores de tal interés la legitimación para hacer valer la ineficacia del acto y se han organizado los modos de hacerla según la técnica que se ha considerado más adecuada al concreto caso de especie". MELICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, pg.332.

8 Recuérdese el principio tradicional "*quod ab emitto vitiosum est, tratum temporis convalescere mequit*"—la convalidación o confirmación del acto absolutamente nulo es imposible. MÉLICH apunta que dicho principio es recogido por nuestro código en el artículo 1.352, sin embargo se refiere a la nulidad que deriva de la inobservancia de una forma solmene y deja sin aclarar la situación respecto de los demás actos viciados de nulidad absoluta. Art. 1.352 "no se puede hacer desaparecer por ningún acto confirmatorio los vicios de un acto absolutamente nulo por falta de formalidades".

9 CORSI, *Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A.*, pg.728.

10 MÉLICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, pg.368.

La acción de nulidad absoluta es –como señalan MADURO y PITTIER– parte de la doctrina imprescriptible,<sup>11</sup> pues el tiempo no puede convalidar o convertir en lícito lo que viola la ley. Diferente a ello, es el supuesto de la nulidad relativa, la cual prescribe por el transcurso de cinco años, según lo dispuesto en el artículo 1.346 del Código Civil (CCV).

En los párrafos anteriores encontramos las notas fundamentales que distinguen a ambos tipos de nulidades. Es importante tenerlas en cuenta a los fines de entender las consecuencias de admitir la procedencia de la acción de nulidad absoluta en contra de las decisiones de las asambleas de las sociedades anónimas.

### **III. LAS TESIS QUE NIEGAN Y ADMITEN LA ACCIÓN DE NULIDAD**

La posibilidad de hacer uso de la acción ordinaria de nulidad, consagrada en el CCV, contra las decisiones de la asamblea de la sociedad anónima constituye una de las cuestiones más polémicas de nuestro derecho societario, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina –ya advertía ZERPA en 1988–.<sup>12</sup> Es así que, la jurisprudencia que mantuvo un criterio reiterado desde 1925 dio un vuelco en 1975, avivando una vez más la discusión que hoy es objeto de nuestro estudio.

#### **A. Criterio Doctrinal y Jurisprudencial que niega la Acción de Nulidad**

En la jurisprudencia patria predominó la tesis que niega la acción ordinaria de nulidad; de este modo, la misma lo fundamentaba arguyendo (Sentencia del 13 de octubre de 1925):

Lo resuelto en estas condiciones por la Asamblea puede ser, pues válido y obligatorio si ninguno de los socios hace oposición dentro de los quince días siguientes, o, en caso de hacerla, quedar en suspenso su obligatoriedad hasta que sea confirmado por la nueva Asamblea; o quedar en definitiva sin efecto, si esta Asamblea en vez de confirmarlo lo revoca. Si no hay oposición en el lapso fijado para ella o si, habiéndola, la decisión se confirmare, ésta debe reputarse que ha sido obligatoria desde el momento mismo en que fue votada por la

11 MADURO y PITTIER, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, pg.762.

12 ZERPA, *La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la sociedad Anónima*, pg.7.

Asamblea; por lo cual, los actos llevados a cabo durante el transcurso de los quince días para la oposición o durante la suspensión para su reconsideración por la nueva Asamblea, serían legalmente válidos. Ahora bien, una decisión contraria a los estatutos en un acto realizado sin haberlos reformado o modificado previamente; y al reconocer expresamente la ley la validez a esas decisiones si son confirmadas por la nueva Asamblea, o virtualmente si no son reclamadas, es porque considera que la voluntad de la sociedad, representada por su Asamblea en las condiciones que la misma ley prescribe, es soberana en esos casos, lo cual es esencialmente lógico, si se toma en cuenta que los estatutos son la obra de la sociedad, y ésta debe tener, en todo momento, el poder de manifestar su voluntad contraria. Hay algo más notable aún, la propia ley, en la tesis del artículo 295 [actual artículo 290], abdica a su preeminencia ante la voluntad soberana de la Asamblea que es la de la sociedad, árbitra, más que los estatutos y la ley, de sus intereses y de sus conveniencias económicas; y esto demuestra hasta que extremo lleva la ley su acatamiento por las decisiones de las Asambleas, cuando, no sólo se resigna a la posibilidad de que se dicten en manifiesta oposición con sus disposiciones, sino que a pesar de esto, les imprime el sello de la más perfecta validez sino son reclamadas o si son confirmadas en una nueva Asamblea. Y mal puede imputarse al legislador que él consagre con el artículo 295 el predominio de la arbitrariedad, ya que en presencia de un acto contrario a los estatutos o la ley, confiere a todo accionista el derecho de ir en oposición ante el Juez de Comercio a quien, constatada la falta, le confiere la facultad de suspender la ejecución y de remitir el punto a una nueva Asamblea, que reconsiderando la decisión, la confirme o la revoque, elevándola a la categoría de válida y obligatoria si resulta confirmada. La sociedad es una disciplina a la que se someten los asociados; y por tal razón, por sobre la voluntad particular de uno de estos, está la voluntad social o sea el conjunto disciplinario de todas, que constituye la eficiencia activa de sus deliberaciones. Por ella, el mantenimiento o no de las decisiones contrarias a los estatutos o a la ley, corresponde en nuestro derecho, a la nueva Asamblea y no al Juez, lo que patentiza que la ley, en estos casos, ha creado una salvaguarda de los intereses de ésta, que, en no pocas ocasiones la constreñirán a determinar su voluntad actual de una manera opuesta a la consignada anteriormente en sus estatutos, o a la del legislador que, ante una eventualidad de ésta índole, la hace dueña única de decidir de la conveniencia de sus resoluciones<sup>13</sup>.

---

13 Memoria de la Corte Federal y de Casación, 1926, pg.400.

En nuestra doctrina, tanto BRICE como MATOS ROMERO se han pronunciado en favor de esta tesis. Es así que para BRICE, el derecho consagrado por el artículo 295 del Código de Comercio (CCom) sí excluye la acción ordinaria de nulidad.<sup>14</sup> En este mismo sentido explica MATOS que

(...) al ser reclamada la decisión de la asamblea ante el Juez de Comercio y ratificada ésta por la mayoría, siempre que no se refiera a los casos previstos en el artículo 287 del Código de Comercio, el procedimiento especial a seguir en ese caso, lo pauta el artículo 295 de nuestra ley mercantil y no puede intentarse otro (...).<sup>15</sup>

## **B. Criterio Doctrinal y Jurisprudencial que admite la Acción de Nulidad**

La tesis negativa ha sido rechazada en nuestra doctrina por diversos autores -verbigracia GOLDSCHMIDT<sup>16</sup>, DE SOLA, ACEDO MENDOZA<sup>17</sup>, MORLES, entre otros.<sup>18</sup> En igual sentido, en sentencia del 21 de enero de 1975 (caso: Templex) la Corte se pronuncia de forma innovadora, abandonando la interpretación negativa, y declarando que además de

- 
- 14 BRICE, “El artículo 295 del Código de Comercio”, en *Revista de Derecho y Legislación*, pg.150. (actual artículo 290 del Código de Comercio).
- 15 MATOS, “Comentario sobre el artículo 295 del Código de Comercio”, en *Revista de Derecho y Legislación*, pg.83. (actual artículo 290 del Código de Comercio).
- 16 Señala GOLDSCHMIDT que “...deben distinguirse las decisiones absolutamente nulas y las demás decisiones contrarias a la ley o a los estatutos. Contra las decisiones absolutamente nulas procede una acción declarativa de nulidad que podrá intentar todo interesado”. En: GOLDSCHMIDT, *Curso de Derecho Mercantil*, pg. 315. cfr. ASCARELLI, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, pg. 309.
- 17 Opina ACEDO MENDOZA que “si la decisión de cualquier asamblea no es objetada dentro del plazo de caducidad de 15 días, o si habiendo ejercido el recurso, la decisión es ratificada por la asamblea convocada por el juez, la decisión es válida y obligatoria para todos los socios. Sólo que, como respecto a cualquier acto jurídico, debe haber siempre la posibilidad de accionar su eventual nulidad, desde luego, sólo por las causas que disciplinan la nulidad de los actos jurídicos, puesto que, por lo general el incumplimiento de normas legales o estatutarias no tiene necesariamente como sanción la nulidad del acto.” en: *Temas sobre la Sociedad Anónima*.
- 18 En el derecho español, GARRIGUES y URÍA señalan que por consideraciones de orden ético, y otro, a virtud de la aplicación de los principios generales que regulan la invalidez de los negocios jurídicos, la doctrina mercantil ha sostenido siempre, anticipándose incluso al legislador, la necesidad de conceder al accionista el derecho a impugnar los acuerdos de las juntas contrarios a la ley. GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, PG. 628.

la oposición el accionista puede intentar, en caso de nulidad absoluta, una acción ordinaria de nulidad contra las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o a la ley.<sup>19</sup> Reza el texto de dicha sentencia:

Por otra parte, es de observar que la facultad de confirmar el acto impugnado, que el mencionado artículo confiere a la segunda asamblea, no puede referirse sino a decisiones viciadas de nulidad relativa que afectan únicamente el interés privado de los socios, ya que sólo esta clase de vicios es la que puede ser subsanada mediante los efectos de la confirmación.

Pero cuando se trate de decisiones de asambleas afectadas de nulidad absoluta, su confirmación sería completamente ineficaz, en razón de que en estos casos la ley no persigue la protección de los intereses simplemente privados, sino que tiende a preservar la observancia de normas operativas [dispositivas] o prohibitivas cuyo fin es amparar el interés de toda la colectividad. Por ello, las decisiones afectadas de nulidad absoluta no pueden ser subsanadas por confirmación, de acuerdo con los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el interés privado nunca podría sobreponerse al interés supremo del Estado o de la sociedad. De nulidad absoluta, en la materia que nos ocupa, puede hablarse, por ejemplo: cuando la decisión de la Asamblea infringe una disposición de orden público, cuando atenta contra las buenas costumbres; y cuando la decisión ha sido adoptada sin cumplir con los requisitos formales que sean esenciales a su validez.

Juzga por lo consiguiente esta Sala que cuando se trate de decisiones de Asambleas viciadas de nulidad absoluta, el interesado, además de la oposición a que se refiere el artículo 290 del código de comercio, puede intentar también la acción ordinaria de nulidad para que se declare en juicio contencioso la invalidez del acto. También podría ser ejercida por el socio esa misma acción, cuando se trate de nulidad relativa de una decisión cuya suspensión no se hubiera ordenado y tampoco hubiera sido confirmada por la segunda asamblea en referencia, dentro del procedimiento sumario previsto en el artículo 290 del Código de Comercio.<sup>20</sup>

---

19 Cfr. MORLES, *Curso de Derecho Mercantil*, pg.1380.

20 HUNG estima negativo de la sentencia el que la acción de nulidad relativa se acuerde únicamente si no ha habido confirmación de parte de la segunda asamblea, lo cual atenta contra los derechos de las minorías, no toma en cuenta los principios del derecho común relativos a la confirmación de los actos jurídicos (nulos), y es incongruente con la afirmación del mismo fallo de que las decisiones de la segunda asamblea no producen cosas juzgada. HUNG VAILLANT, *Sociedades*, pg.231.

En este mismo sentido se han pronunciado decisiones más recientes<sup>21</sup>:

A lo que este Juzgador considera prudente destacar que de las decisiones de las asambleas, deben distinguirse aquellas que son absolutamente nulas, de otras cuyo vicio es que sean contrarias a ley o a los estatutos sociales. De manera que, en contra de aquellas decisiones respecto de las cuales se aduce sufren de vicios de nulidad absoluta, proceden acciones declarativas de nulidad. Y dentro de las categorías de nulidades absolutas, se tienen aquellas que, por ejemplo, resultan violatorias de la moral y buenas costumbres; aquellas que violan disposiciones legales de estricto orden público, pues de ser tomadas éstas, no solo se perjudican a accionistas o socios, sino también al resto de la comunidad en general. El artículo 290 del Código de Comercio, establece en todo caso, una acción de anulabilidad de asambleas que adolecen de vicios perfectamente convalidables por el resto de los socios o accionistas que igual pudieren no ejercer la acción que en dicha norma se consagra. Es más, aun de impugnarse la asamblea en anulabilidad, y nuevamente los accionistas ratifican y confirman legalmente la misma en segunda asamblea, lo decidido quedará de obligatorio cumplimiento por el resto de los socios o accionistas que aun así, quieran mantenerse en sociedad.<sup>22</sup> La acción de nulidad de una asamblea de accionistas puede ser propuesta por aquél socio que se sienta afectado por la decisión de ese cuerpo social, basado en motivos de ilegalidad en la manera como se ha tomado la decisión respectiva; 4.- La sentencia que declare la nulidad de una asamblea de accionistas, da lugar la eliminación de los efectos de ese acto impugnado como un todo respecto del universo de los socios de la compañía respectiva, independientemente de que éstos concuerden con la solicitud de nulidad o discrepen de dicha pretensión y en el sentido, indicado la decisión tiene consecuencias uniformes para los socios, sin que sea concebible que el acto colectivo

---

21 En igual sentido se pronunció la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 3 de febrero de 1994, en la cual se deja en claro que las decisiones de las asambleas de accionistas de las sociedades, cuando están afectadas de nulidad absoluta no pueden ser subsanadas por vía de confirmación a través de ulterior decisión de la asamblea; y que existe una acción ordinaria para obtener la declaración de nulidad de las decisiones de la asamblea.

22 Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 21 de Julio de 2010. Si bien dicha sentencia reconoce la acción de nulidad, acogiendo el criterio sostenido desde 1975, obsérvese como existe confusiones en cuanto a la naturaleza de la nulidad y las distinciones que se pretenden hacer. Ello lo desarrollaremos Infra.

impugnado resulte válido para algunos accionistas y nulo para otros; 5.- En consecuencia, cuando los accionistas de una compañía se constituyen en asamblea y toman una decisión, lo decidido por ese cuerpo colectivo les vincula indivisiblemente y de allí que no resulte concebible una declaratoria individual de nulidad, que surta efectos sólo respecto de una parte de socios, sino que esa decisión dirigida a surtir los efectos de lo acordado en una asamblea respecto de todos los socios, puesto que, conforme al citado artículo 298 del Código de Comercio, lo decidido en asamblea les vincula integralmente.<sup>23</sup>

La Sala de Casación Civil en el caso Emil Grasho Tasub contra Ingeniería Chávez Mora (Inchamo) estableció:

...a) El procedimiento consagrado en el artículo 290 del Código de Comercio, no constituye un juicio, por no tratarse de un conflicto intersubjetivo de intereses que debe ser resuelto por un juez; b) Las decisiones de la asamblea afectadas de nulidad absoluta, no pueden ser sanadas por vía de confirmación de la segunda asamblea que ordene convocar el juez que conozca del procedimiento; y c) Se prevé la posibilidad de intentar una acción ordinaria de nulidad para que se aclare (sic) en juicio la invalidez del acto. Tal como lo ha señalado la doctrina de la Corte, la norma contemplada en el artículo 290 del Código de Comercio otorga facultad al juez de comercio, de suspender o no la ejecución de la decisión de la Asamblea impugnada; y, de considerar procedente la suspensión de la ejecución de la decisión, deberá ordenar que se convoque una segunda asamblea, a fin de que se decida sobre el asunto planteado, ya sea que se decida dejar sin efecto la resolución viciada, o bien sea el criterio de confirmarla, caso éste último, en el cual la decisión reclamada, por expresa disposición legal, será obligatoria para todos los socios, aunque haya adolecido de nulidad relativa, ya que el defecto no podría ser alegado posteriormente, por haber sido saneado por la voluntad confirmatoria del ente social.<sup>24</sup>

Así mismo, en el caso MAGALY CANNIZZARO DE CAPRILES v. VALORES Y DESARROLLOS VADESA, S.A., expresó la Sala en su sentencia con ponencia Luís Antonio Ortiz Hernández:

---

23 Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en Caracas junio de 2007.

24 Sentencia N° 35, de fecha 14 de marzo de 2000, caso Emil Grasho Tasub contra Ingeniería Chávez Mora (Inchamo) C.A.

La posibilidad de solicitar la nulidad de una asamblea en juicio ordinario es cuestión superada desde el 21 de Enero (sic) de 1975, cuando nuestro máximo tribunal declaró que además de la oposición a que se refiere el artículo 290 del Código de Comercio, el accionista podía intentar, en caso de nulidad absoluta, una acción ordinaria de nulidad contra las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o a la ley.

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Civil en sentencia del 14 de Marzo (sic) del 2000, admitiendo que cuando se trate de decisiones de asambleas viciadas de nulidad absoluta, el interesado, además de la oposición a que se refiere el artículo 290 del Código de Comercio, puede intentar también la acción ordinaria de nulidad absoluta, para que se declare en juicio contencioso la invalidez del acto.

De manera que este Tribunal (sic) puede declarar, en caso de ser procedente, la invalidez del acto asambleario si constata la violación de normas de orden público o de las buenas costumbre (sic), o si constata que las decisiones asumidas en la asamblea son contrarias a las disposiciones estatutarias, sin necesidad de convocar una segunda asamblea, y por tanto, el argumento sobre su inadmisibilidad es improcedente.<sup>25</sup>

Así pues resulta indudable que tanto la doctrina como las decisiones de nuestros tribunales admiten la procedencia de la acción de nulidad. Ahora bien, al respecto pareciera haber confusiones en cuanto al tipo de nulidad que puede invocarse, atendiendo a la clasificación expuesta en la primera sección.

#### **IV. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA**

Afirma MORLES que “la disciplina venezolana de impugnación de los acuerdos de las asambleas se encuentra desarrollada sólo hasta el punto de que el legislador confiere a cada socio una acción contra los acuerdos sociales, pero sin regular la referida acción.”<sup>26</sup> La falta de regulación que nos advierte el autor es, sin duda alguna, raíz fundamental de la problemática hoy objeto de nuestra discusión. No obstante, en lo que

25 Sentencia del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 6 de febrero de 2002. Caso: MAGALY CANNIZZARO DE CAPRILES v. VALORES Y DESARROLLOS VADESA, S.A.

26 MORLES, Curso de Derecho Mercantil, pg.1378.

si pareciera estar de acuerdo la doctrina es que la sumisión de los socios a las decisiones de la asamblea, sólo rige con plena vigencia frente a las que sean válidas. No se trata de una sumisión incondicional. Lo cual ha llevado a admitir la procedencia de la acción de nulidad.<sup>27</sup>

Ahora bien, al referirse a la acción de nulidad, aún cuando se le ha calificado de acción de nulidad absoluta, dudamos del carácter de tal, pues se ha entendido que la misma debe regirse por el artículo 1.346 CCV, el cual recoge a la acción de nulidad relativa. En relación con el precitado artículo, señala MADURO y PITTIER, que es evidente que por su redacción se aplica sólo a la nulidad relativa.<sup>28</sup> Sin embargo, obsérvese que ZERPA, en su tesis, concluye que “en el ordenamiento jurídico venezolano existen dos medios para impugnar las decisiones tomadas por la asamblea. Uno tiene carácter específico y el otro es un medio genérico” precisando que el medio específico está previsto en el artículo 290 del Código de Comercio y el genérico por los artículos 1346 a 1353.<sup>29</sup> En similar sentido nos refiere GOLDSCHMIDT: “así, a las decisiones viciadas de nulidad absoluta, quedará abierta la vía para ejercer la acción ordinaria de nulidad (art.1.346).”<sup>30</sup> De igual manera, notamos como en nuestros tribunales se ventilan dichas acciones, aún cuando son calificadas de acciones de nulidad absolutas, a través del artículo 1.346 e*iusdem*.<sup>31</sup> Es decir, la acción de nulidad absoluta a la que hacía referencia la sentencia

---

27 En tal sentido, señala GOLDSCHMIDT: “En efecto sería absurdo presumir la ignorancia de una norma imperativa por parte del legislador, al permitirse a los socios convalidar una decisión afectada de nulidad por ser violatoria de normas imperativas sustentadoras del orden público y las buenas costumbres (ya que el artículo 6 prohíbe que convenios particulares renuncien o relajen dichas normas); deben entenderse pues que son decisiones contrarias, exclusivamente, a disposiciones legales de carácter supletorio las que pueden ser objeto de convalidación por la Asamblea.” GOLDSCHMIDT, *Curso de Derecho Mercantil*, pg.573.

28 MADURO y PITTIER, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, pg.769.

29 ZERPA, *La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la sociedad Anónima*, pg.156.

30 GOLDSCHMIDT, *Curso de Derecho Mercantil*, pg.573.

31 “En el mismo sentido, la acción de nulidad absoluta de asamblea de accionistas, anteriormente debía regirse por el lapso de caducidad establecido en el Artículo 1.346 del Código Civil, el cual era cinco (5) años, contados a partir del acto registral del convenio societario que se considera lesivo. Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 21 de julio de 2010.

del caso *Templex*, pareciera no haberse entendido como tal; sino más bien como la acción de nulidad relativa. Ello –naturalmente- nos obliga a preguntarnos si es que en realidad en nuestro ordenamiento no existe la acción de nulidad absoluta para el caso en cuestión. Así, piénsese en casos extremos –por ejemplo, que la Asamblea decidiera comprar sustancias estupefacientes prohibidas por nuestro ordenamiento o, menos extraño, se acordase la compra de divisas a través de alguna operación sancionada por la legislación de *Ilícitos Cambiarios*- no creemos que el tiempo, ni la ratificación de la Asamblea podría convalidar tal situación.<sup>32</sup>

El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil establece “Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente.”(Subrayado nuestro). La disposición en cuestión hace mención al interés jurídico actual en la persona del actor, como exigencia para poder demandar judicialmente. Del mismo modo “brinda expresa acogida en nuestro texto adjetivo general a la acción mero-declarativa

---

32 La Constitución en su artículo 218 reza “las leyes se derogan por otras leyes (...)”. La misma disposición está recogida en el artículo 7 del CCV, según el cual “las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes”. De tal modo que, en nuestro derecho el principio general es que sólo una ley puede derogar a otra ley; con lo cual aún cuando la mayoría que aprobara la decisión y la ratificara mal podrá convalidar la misma, pues ello es contrario a nuestra estructura jurídica. Ahora bien, reza el Artículo 5 del CCV “la renuncia de las leyes en general no surte efecto”, de lo cual se desprende, por interpretación en contrario que sí podrá surtir efecto la renuncia particular a una norma determinada. El artículo 6 del CCV establece que “no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”. Ello nos obliga a referirnos a las normas contenidas en las leyes, las cuales han sido calificadas, bien de imperativas –aquellas que ordenan o prohíben algo en forma expresa- y las dispositivas –aquellas que pueden dejar de aplicarse por voluntad de las partes. Ergo, “(...) podemos aceptar entonces que la asamblea de accionistas de una sociedad podría tomar decisiones por mayoría que complementen o suplan una norma legal de carácter dispositivo, cuya reglamentación no esté prevista en los estatutos, pero nunca contra el contenido de una norma de carácter imperativo, bien porque en la misma está interesado el orden público o las buenas costumbres, o bien porque la misma afecta un interés básico del accionista o de terceros”. LUQUE DE LÁZARO, La Sociedad Anónima y el Derecho de los Accionistas Minoritarios en Venezuela, pg. 442.

como una vía de actuación dirigida a obtener específicamente un pronunciamiento judicial de *certeza* por parte de un tribunal, descartando la admisibilidad de este especial medio cuando el actor pueda obtener la satisfacción plena de tal interés mediante una acción diferente.”<sup>33</sup>

Anteriormente señalábamos que no existe en nuestro ordenamiento regulación de la referida acción; no obstante ello no representa un obstáculo para incoar la misma; pues como advertimos la sumisión de los socios a las decisiones de la asamblea, sólo rige con plena vigencia frente a las que sean válidas; no se trata de una sumisión incondicional. No sería conteste con nuestro ordenamiento el pensar que el transcurso del tiempo, o la falta de regulación expresa de una acción típica y específica estaría convalidando vicios de nulidad absoluta.

Ahora bien, la Sala considera indispensable atender al objeto preciso de esa declaración de certeza para cuya obtención la norma contempla la vía de la acción mero-declarativa: siguiendo el tenor literal del dispositivo que se comenta, se trata de obtener un pronunciamiento judicial sobre la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica, siendo justamente esto último a lo que apunta la acción de nulidad absoluta ejercida en el presente caso, fundada sustantivamente por los apoderados actores en la disposiciones contenidas en los artículos 1.141 (ordinales 1º, 2º y 3º), 1.155, 1.157 y 1.352 del Código Civil, y procesal o adjetivamente -de manera correcta, en criterio de la Sala-, en el citado artículo 16 del Código de Procedimiento Civil. Y es que, como se ha dicho, a través de la acción ejercida en este caso, la sociedad demandante pretende obtener un pronunciamiento judicial de certeza en torno a la inexistencia de los contratos, tanto administrativos como ordinarios (transacción), identificados por ella en el texto de su escrito libelar, en tanto en cuanto considera que los mismos padecen de vicios que determinan, no su anulabilidad, sino su nulidad absoluta conforme a las citadas disposiciones del Código Civil, siendo esta la razón por la cual excluye expresamente en su escrito la aplicación a este caso del artículo 1.346 de dicho Código, en la medida en que considera que la misma contempla una acción de mera anulabilidad.<sup>34</sup>

---

33 Sentencia de la Sala Político Administrativa, No. 1025 del 03 de mayo de 2000. Inversora MAEL, C.A. contra Compañía Venezolana de Guayana (CVG).

34 Sentencia de la Sala Político Administrativa, No. 1025 del 03 de mayo de 2000. Inversora MAEL, C.A. contra Compañía Venezolana de Guayana (CVG).

De lo anterior, podemos colegir que la acción de nulidad absoluta en contra de las decisiones de las asambleas encuentra su fundamento adjetivo en el artículo 16 del CPC. De este modo, lo anterior se hace patente en lo siguiente: (i) la acción nulidad absoluta puede ser intentada por cualquiera de las partes o terceros interesados, como advertíamos anteriormente; (ii) la declaratoria de nulidad que haga la sentencia definitiva del proceso operará exnunc; y (iii) la acción de nulidad absoluta es imprescriptible.

El procedimiento mediante el cual se ventilará dicho juicio, no será otro que el ordinario, pues como se observa, no existe ninguno especial. En este sentido, reza el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil: “las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial.”

Ahora bien, la imprescriptibilidad de la acción ha causado ciertas divergencias; pues, algunos exponen que ello genera, en cierto grado, inseguridad; inclinándose así por la prescripción quinquenal consagrada en el artículo 1.346 del CCV. Así también, algunos se han pronunciado por la prescripción anual consagrada en el artículo 53<sup>35</sup> de la Ley de Registro Público y Notariado (en lo sucesivo “LRPN”).<sup>36</sup> En tal sentido se pronunció el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas:

En el mismo sentido, la acción de nulidad absoluta de asamblea de accionistas, anteriormente debía regirse por el lapso de caducidad establecido en el Artículo 1.346 del Código Civil, el cual era cinco (5) años, contados a partir del acto registral del convenio societario que se considera lesivo; siendo oportuno advertir que posteriormente esta caducidad quedó consagrada en el artículo 53 del de la Ley de Registro Público y del Notariado, publicada en Gaceta Oficial N° 5.556 del 13 de noviembre de 2001, (hoy artículo 55, Ley de fecha 22-12-2006),

---

35 Caducidad de acciones Artículo 53. La acción para demandar la nulidad de una asamblea de accionistas de una sociedad anónima o de una sociedad en comandita por acciones, así como para solicitar la nulidad de una reunión de socios de las otras sociedades se extinguirá al vencimiento del lapso de un año, contado a partir de la publicación del acto registrado.

36 Publicada en Gaceta Oficial No. 5.833 Extraordinaria de fecha 22 de diciembre de 2006.

estableciendo un (1) año contado a partir de la publicación del acta, sustrayendo la acción de nulidad absoluta de la regulación eventual de la norma civil citada.<sup>37</sup>

Ahora bien, como señalábamos anteriormente, consideramos que el lapso de un año será únicamente aplicable a la acciones de nulidad relativa. Es decir, siendo la norma de la LRPN especial respecto de la del CCV, la prescripción para la acción de nulidad relativa contra las decisiones de las Asambleas será de un año. Sin embargo, como explicábamos, la acción de nulidad absoluta es imprescriptible; es decir, la norma de la LRPN podrá ser aplicada únicamente en los casos de nulidad relativa. Entonces, quedando reducido el ámbito de aplicación del 1346 a la nulidad relativa, explica MÉLICH que “(...) predicándose por otra parte la necesidad de un interés legítimo que le sea personal a quien invoca una nulidad absoluta para destruir la apariencia de validez de un acto y por lo mismo el verdadero carácter de “acción” que tendría esta pretensión de hacer valerla nulidad absoluta, se comprende fácilmente que se haya planteado cuál es el lapso de prescripción de esta “acción de nulidad absoluta” y que se haya resuelto aplicando el artículo 1977 del Código Civil que establece una genérica prescripción de diez años(...)”<sup>38</sup>. En tal sentido, obsérvese dicho lapso es cónsono con aquel previsto en la el CCom, en el artículo 132, según el cual “la prescripción ordinaria en materia mercantil se verifica por el transcurso de 10 años, salvo los casos para los cuales se establece una prescripción más breve por este Código.” Es decir, es fuerza admitir que el lapso de prescripción para intentar la demanda no será otro que 10 años.

Por otra parte, debemos hacer referencia a la posibilidad de impugnar las decisiones de las asambleas de accionistas viciadas de nulidad absoluta ante un tribunal arbitral. Recuérdese que nos referimos a acuerdos contrarios al orden público, buenas costumbres o la ley, los cuales, al versar sobre materias indisponibles por los socios, no podrán ser subsanados o convalidados, i.e. “un acuerdo de junta general será nulo con una nulidad radical o de pleno derecho cuando los socios in-

---

37 Sentencia del 21 de julio de 2010. Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

38 MÉLICH-ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, pg. 355; cfr. MADURO y PITTIER, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, pg.769.

fringen una norma de orden público, sustraída de la autonomía voluntad, produciendo la ineficacia del negocio ipso iure, haciendo que éste sea desde su origen válido e ineficaz.<sup>39</sup> Por lo tanto, en este caso se trataría de una impugnación de un acuerdo social no susceptible de ser sometida a arbitraje, pues la materia no es disponible por los socios.<sup>40</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ DÍAZ, Ma. Ángeles, *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- ACEDO MENDOZA, Manuel, *Temas sobre la Sociedad Anónima*, Ediciones de la Contraloría, Caracas, 1974, pg.272.
- ASCARELLI, Tulio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires Argentina, 1947, pg. 458.
- BRICE, Francisco, “El artículo 295 del Código de Comercio”, en *Revista de Derecho y Legislación*, Tomo 38, Caracas, 1949.
- BORJAS, Leopoldo, *Instituciones de Derecho Mercantil-Las Sociedades*, Ediciones Schnell C.A., Caracas, 1975.
- CORSI, Luis, “Un panorama de las formas de invalidez de los acuerdos de las asambleas de la S.A.”, en: *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.
- DE SOLA, René, “La protección de las minorías en las compañías Anónimas”, en: *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 4, Caracas, 1950, pg.43-47.

---

39 RODRÍGUEZ ROBLERO, *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, pg. 324; cfr. ALCALÁ DÍAZ, *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas*, pg. 86.

40 El artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial reza: “podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir”. En este sentido, siendo que la materia no es susceptible de transacción, mal podrá ser considerada como disponible por los socios.

- DONATI, Antígono, L'invalidita delle deliberazione di assemblea delle societa anonime, La invalidez de lãs Asamableas, Traducción: Lic. Felipe de J Tema, Porrúa Hnos. y Cia., México, 1939. .
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tercera Edición, Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1960, pg.920.
- GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tercera Edición, Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1953, pg.851.
- GOLDSCHMIDT, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, pg.821.
- GOLDSCHMIDT, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pg.821.
- HUNG VAILLANT, Francisco, *Sociedades*, Quinta edición puesta al día, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1999,288 p.
- LUQUE DE LÁZARO, Enrique, *La Sociedad Anónima y el Derecho de los Accionistas Minoritarios en Venezuela*, Italgráfica, Caracas, 1987, pg. 523.
- MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.
- MATOS, “Comentario sobre el artículo 295 del Código de Comercio”, en: *Revista de Derecho y Legislación*, Tomo 44, Caracas, 1955.
- MELICH ORSINI, José *Doctrina General del Contrato*, 4ta Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006, pg.1007.
- MORLES, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, 9na Edición, Caracas, 2007.
- RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada, *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*. Bosch, Barcelona, España, 2010. pg. 441.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1959, pg475.
- VIVANTE, César, *Las Sociedades Mercantiles*, Editorial Reus, Madrid, 1932, pg.654.

ZERPA, Levis I. *La Impugnación de las Decisiones de la Asamblea en la sociedad Anónima*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1988, pg.175.



# **Decreto n° 8.938 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras**

## **Normas fundamentales**

María del Rosario Bernardoni G

### RESUMEN:

El Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, N° 8.938, incorpora como fuentes y principios del Derecho del Trabajo, nociones y teorías políticas que, además de ser excluyentes de otras corrientes del pensamiento, en violación del pluralismo político consagrado en la Constitución Nacional, son extrañas a la Teoría del Derecho del Trabajo.

### Palabras clave:

Derecho del Trabajo, relación laboral, Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras.

### Abstract:

The Organic Law of Labor and of the Workers incorporates as a source and principles of law, a set of political theories and notions. These, exclude all other political theories and thoughts, which represents a clear offense to the respect due to political pluralism as established in the Constitution. This theories and notions are contrarian to the General Theory of Labor Law.

### Key words:

Labor Law, labor relation, Organic Law of Labor and of the Workers.

## **INTRODUCCIÓN**

Estudiaremos las principales normas del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras,

---

\* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Laboral en la Univ. Monteávila, Profesora Jubilada de LUZ. Profesora contratada de los Cursos de Post Grado de la UCAB y UCV. Ex Ministra del Trabajo. Abogada Laboral en ejercicio.

Nº 8.938, contenidas la mayoría de ellas en el Título I titulado “Normas y Principios Constitucionales”, aunque con ramificaciones en toda la Ley, porque de ellas deriva la esencia del nuevo instrumento normativo.

No podemos obviar su naturaleza de Decreto Ley, actuando el Presidente de la República con fundamento en una Ley Habilitante (G.O. Nº 6.009 Ext. de 17-12-2010), en la cual no se le facultó para ello expresamente; somos del criterio, además, de que la reforma o derogatoria de una Ley Orgánica no puede llevarse a cabo mediante habilitación, ya que ello viola la Constitución Nacional en su artículo 203, que para ello exige la aprobación de las 2/3 partes de los Diputados de la Asamblea Nacional.

El vicio formal en la promulgación de la nueva LOTTT, se proyecta asimismo en su contenido material, ya que como veremos, una de sus características es el mayor poder que se atribuye al Ejecutivo Nacional, en desmedro de los actores sociales y de otros Poderes como el Legislativo, y los privilegios que se acuerdan al patrono Estado, discriminatorios de sus trabajadores, todo lo cual está en sintonía con su origen extraño al Poder natural con competencia para dictar leyes en un sistema democrático como es la Asamblea Nacional, donde están representados todos los sectores de la sociedad.

También es importante tener en cuenta que el proceso de aprobación de la LOTTT se llevó adelante por una Comisión Presidencial, integrada por representantes de los Poderes Públicos y Académicos y Sindicatos pertenecientes a la corriente política gubernamental, sin que se haya hecho público un proyecto de Ley en torno al cual se hubiese podido articular un verdadero proceso de discusión o diálogo

## **1.- EL OBJETO DE LA LEY: DEL TRABAJO COMO HECHO SOCIAL**

El artículo 1º de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en adelante LOTTT, consagra en su artículo 1º su objeto:

Esta Ley tiene por objeto proteger al **trabajo como hecho social** y garantizar los **derechos de los trabajadores y de las trabajadoras creadores de la riqueza socialmente producida** y sujetos protagónicos de los procesos de educación y trabajo para alcanzar los fines del Estado democrático y social de derecho y justicia, de conformidad

con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el pensamiento del padre de la patria Simón Bolívar.

Regula las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del proceso de producción de bienes y servicios, protegiendo el interés supremo del **trabajo como proceso liberador**, indispensable para materializar los derechos de la persona humana, de las familias y del conjunto de la sociedad, mediante **la justa distribución de la riqueza**, para la satisfacción de las necesidades materiales, intelectuales y espirituales del pueblo (destacado nuestro).

Igual que su antecesora, la Ley Orgánica del Trabajo de 20 de diciembre de 1990, reformada parcialmente el 19 de junio de 1997 y el xxxx de 2006 , en adelante LOT, y como fue recogido en la Constitución de 1999 (Art. 89), centra el objeto de la Ley y, por tanto, el del Derecho del Trabajo venezolano, en el *trabajo como hecho social*, aunque agrega una serie de conceptos que no aparecían en la LOT y que luego analizaremos.

La noción del *trabajo como hecho social* se debe entre nosotros a Rafael Caldera, quien la empleó por primera vez en su Tesis Doctoral Derecho del Trabajo, presentada en la Universidad de Caracas el 17 de marzo de 1939 , para optar al grado de Doctor en Ciencias Políticas; con ella quiso significar que el trabajo no se podía entender como un simple factor de la producción, sino como un hecho social, en el cual el factor trabajo se incorpora con los otros para producir, con un sentido personal, inherente a la persona del trabajador, aportando un sentido ético a la relación con el patrono; deja así expresado Caldera que el motor fundamental en una sociedad para el progreso colectivo e individual de sus ciudadanos es el trabajo,

Esta idea es desarrollada también por Mario Deveali quien observaba la evolución de las relaciones de trabajo hacia la desaparición del conflicto de clase entre patronos y trabajadores para dar paso a una colaboración entre ellos, por una parte y, por la otra, la irrupción de la seguridad social, que ponía la protección de los trabajadores en manos de la colectividad, mediante los recursos de la renta nacional.

Asimismo, observaba el maestro Deveali, la crisis del concepto de subordinación jurídica para explicar todas las relaciones jurídicas sometidas al ámbito de aplicación de la disciplina laboral, hacía necesario revisar el concepto clásico del Derecho del Trabajo que limitaba su amparo al contrato de trabajo subordinado, para sustituirlo por el de contratos de

trabajo o relaciones de actividad profesional, que tenían como contenido la actividad humana.

El concepto del trabajo como hecho social le ha imprimido un sello particular al Derecho del Trabajo venezolano. Su incorporación en la LOT fue muy criticada en su momento, en tanto se consideraba que el objeto del Derecho del Trabajo estaba referido sólo a las relaciones jurídicas surgidas entre patronos y trabajadores, individuales o colectivas, con ocasión del trabajo ajeno y subordinado, como está considerado en las legislaciones de la mayoría de los países, las cuales dejan por fuera de la protección laboral a sectores que entre nosotros, por el contrario, están incluidos: es el caso de los trabajadores no dependientes y de los funcionarios públicos.

Con el transcurso del tiempo y, sobretodo, cuando los efectos de la globalización de la economía y de la revolución tecnológica e informática, se han hecho sentir en las relaciones de trabajo, en las formas de organizarse las empresas, en los modos de adelantar el trabajo, en los nuevos tipos de trabajo, part-time, temporal, a distancia, etc. esta noción a la que se cuestionó su juridicidad alegándose que el objeto de las leyes está referido siempre a relaciones jurídicas y no a simples situaciones, como señala nuestra Ley Laboral, está demostrando ser mucho más flexible que la tradicional, que limita el campo de aplicación del Derecho del Trabajo al trabajo asalariado, ajeno y subordinado, para comprender dentro de la protección legal a todo este universo de nuevas relaciones en las que las características típicas de las relaciones de trabajo no parecieran estar presentes, o por lo menos, no todas ellas.

Es el caso de los trabajadores no dependientes, sin patrono, los cuales se han incrementado significativamente, al punto de que algunos países como España e Italia, comienzan a dictar normas para protegerlos; normas que si bien no están comprendidas formalmente en sus leyes laborales, porque éstas sólo aplican para los trabajadores que desempeñan su trabajo en una relación jurídica ajena y subordinada, copian muchas de las protecciones que contemplan sus regímenes laborales.

Entre nosotros, dado el concepto del trabajo como hecho social como objeto de la Ley, los trabajadores no dependientes están incluidos con una protección parcial, como es el derecho de sindicación, el derecho a la seguridad social, a la celebración de acuerdos similares a la convención

colectiva de trabajo y a la protección de sus obras del ingenio; y estaría abierta la posibilidad para que se dictaran mayores normas de protección dentro de la Ley o de una reglamentación laboral especial, lo que significa una solución para un amplio sector de trabajadores, ya que según los datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) los trabajadores por cuenta propia o no dependientes se han incrementado significativamente, para pasar a constituir un 30.4% del total de la población ocupada.

La noción del trabajo como hecho social, en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo presentado por Caldera en 1985, estaba complementada con otra que a la final no fue aprobada: la noción de la dependencia económica que junto a la jurídica definían la naturaleza laboral de una relación jurídica cuyo objeto fuera la prestación de un servicio personal, sea que se presentasen conjunta o separadamente.

La noción de la dependencia económica, configurativa de la relación laboral, entendida como la dependencia de la remuneración para la subsistencia el trabajador y su familia, es una noción que nació en la doctrina en los orígenes del Derecho Laboral pero fue dejada de lado por la noción de la subordinación jurídica o poder de dirección, control y disciplina en cabeza del empleador, pero que actualmente se replantea como una solución para ampliar el campo de protección del Derecho del Trabajo y llevarlo hasta los trabajadores a domicilio (teletrabajo) y de profesionales “técnicamente autónomos pero económicamente dependientes”<sup>1</sup>.

Ahora bien, este mantenimiento en la Ley de la noción del trabajo como hecho social, que pudiera interpretarse como una señal de madurez de la disciplina, de correspondencia de la norma con la realidad social que rige, viene, sin embargo, acompañada con otras nociones políticas propias de algunas corrientes del pensamiento, las cuales, además de innecesarias, introducen conceptos que contradicen lo que ha sido la fuente doctrinal y la evolución del concepto.

En efecto, mientras la LOT de 1990, escuetamente señalaba “esta Ley regirá las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social” en la norma 1era. de la LOTTT se incorporan expresiones que fueron subrayadas al inicio de este epígrafe, tales como, “trabajadores

---

1 TRABAJO Y EMPLEO; Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa (coordinado por Alain Supiot; Valencia. Tirant Lo Blanch. 1999. P. 53

y de las trabajadoras creadores de la riqueza socialmente producida”, “el trabajo como proceso liberador”, las cuales intentan promover un conflicto entre patronos y trabajadores que conduce a la eliminación del factor capital representado por los patronos, totalmente contrario al proceso evolutivo que condujo a la consideración amplia del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, uno de cuyos aspectos fue precisamente la moderación del conflicto obrero patronal para ser sustituido por la colaboración y la participación de patronos y trabajadores en la conducción autónoma de sus relaciones, en la solución de sus diferencias y en el diseño de las políticas laborales. La norma pues, en nuestro criterio, trata de revivir el conflicto obrero-patronal

Justamente dichas expresiones, tomadas en su mayoría del Proyecto del Proceso Social Trabajo, presentado con motivo de la elaboración de la nueva LOTTT, sirven de fundamento para llegar a la conclusión de que esta Ley regula un momento transicional de las relaciones de trabajo en Venezuela, como transicional es el modelo económico que se ha llevado adelante por el gobierno nacional, a partir del Plan Nacional Simón Bolívar, Primer Plan Socialista (PPS) 2007-2013, que convierte a la propiedad privada de los medios de producción, eje del sistema socioeconómico regulado por el Título VI de la Constitución nacional, en una propiedad alternativa a nuevas formas de propiedad colectiva y social, que deberán extenderse en una etapa posterior según el referido PPS.

Si en verdad la sociedad venezolana evolucionara en el sentido delineado por dicho Plan Socialista, se entendería una Ley Laboral para una sola clase generadora de riqueza, los trabajadores, sin la presencia del factor capital; por lo pronto, la LOTTT se presenta como un producto de un solo sector de la sociedad venezolana, excluyente de otros y que en contradicción con la Ley fundamental de la República pretende promover un modelo social y económico extraño a la normativa constitucional

## **2.- EL ÁMBITO DE APLICACIÓN**

El ámbito de aplicación de una Ley debe estar en sintonía con su objeto; éste indica la materia regulada por el instrumento, mientras el ámbito de aplicación, sobretudo en el aspecto personal, refiere a las personas, naturales o jurídicas, consideradas sujetos de la disciplina.

Veamos como regula La LOTTT este aspecto; en su artículo 3° en redacción confusa dado su amplio contenido, establece:

Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella, rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley. Igualmente se aplicarán las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.

Como puede observarse, la norma:

- a) Fusiona en una sola norma el ámbito de aplicación personal y el territorial; el primero cuando establece que la Ley rige las situaciones y relaciones laborales que se entablan entre trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, así como las situaciones derivadas del trabajo como hecho social; ésta última expresión es la que da la amplitud característica a nuestro Derecho Laboral, permitiendo la protección a los trabajadores no dependientes o autónomos, situación en la que no se da una relación laboral, por no ser un trabajo ajeno para un patrono, pero que según nuestro Derecho es susceptible de protección o consideración; el ámbito territorial se expresa al establecerse que la Ley regula las situaciones y relaciones derivadas del trabajo como hecho social que se desarrollen en territorio nacional y cuando extiende su ámbito a los trabajadores venezolanos contratados en territorio venezolano para prestar servicios en el exterior.
- b) Asimismo, consagra la norma el carácter de orden público relativo o social que tienen las normas laborales, cuando establece su irrenunciabilidad o irrelajabilidad, permitiendo sin embargo su modificación por normas inferiores, como son las contenidas en la convención colectiva de trabajo, siempre que sea para superar el mínimo protectorio contenido en la norma legal, respetando su finalidad

### **3.- RATIFICACIÓN DEL CARÁCTER DE LEY MARCO**

Durante el largo período de discusión de la LOT, que como es sabido se extendió desde el 2 de julio de 1985 cuando Rafael Caldera presentó el Anteproyecto por ante el Senado de la República, hasta el 20 de diciembre de 1990, cuando fue promulgada con una amplísima mayoría en ambas Cámaras Legislativas, se analizó ampliamente si dicho instrumento tendría el carácter de un Código, de una Ley Orgánica o de una Ley especial, como había sido la Ley del Trabajo que la antecedió promulgada el 16 de julio de 1936.

La exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo, elaborado por la Comisión Bicameral especial del Congreso de la República, que luego se convirtiera en Ley, fijó posición en torno al tema, así:

Una Ley Orgánica porque inevitablemente continuarán en vigencia otras disposiciones legales que deben tener su marco general dentro de la Ley fundamental. Y se ha escogido el camino de una Ley y no de un Código (aunque la Exposición de motivos de la Ley de 1936, atribuyendo a aquella un carácter transitorio, suponía que en el siguiente año se podría dictar un “Código del Trabajo”) porque la dinámica de los tiempos, la misma revolución tecnológica, que está causando profundos efectos en el universo y que influye en medida que todavía no se puede precisar sobre la prestación del trabajo, el inminente advenimiento del Siglo XXI, con el cual comienza un nuevo milenio para la humanidad, todo ello aconseja no lanzarse a la aventura de elaborar un Código completo que pudiera volverse anacrónico al poco tiempo de dictado y podría entorpecer la transformación que los tiempos van imponiendo en la vida del Derecho, y especialmente en la rama del Derecho Social<sup>2</sup>.

Su calificación formal como ley orgánica, entonces, revela su propósito de garantizar la fijación de los principios que informan al Derecho del Trabajo y servir de marco a toda la disciplina, incluyendo las normas relativas a la Seguridad Social y al Procesal Laboral, sin la pretensión de convertirse en una camisa de fuerza que obstaculizara los cambios, como

---

2 CALDERA, Rafael; “La Nueva Legislación Laboral Venezolana” en I Congreso Venezolano de Relaciones de Trabajo. Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. 1988. P. 32

fuera expresado por el proyectista en innumerables oportunidades, pero sí garantizando coherencia y sistematización a toda la materia social, de manera de constituir un ordenamiento común en esta rama.

En el período previo a la aprobación de la actual LOTTT, se volvió a plantear la idea del Código del Trabajo, basándose en la vieja idea de la mayor estabilidad y perdurabilidad que representa este tipo de instrumento legal en relación con la Ley; la idea fue desechada y se aprobó con fuerza de Ley Orgánica mediante un Decreto Ley y con carácter de ley marco en el área social, lo que puede inferirse de:

- a. La consagración del derecho a la seguridad social como servicio público, del cual debe beneficiarse de toda persona así como los trabajadores dependientes y no dependientes (Art. 17)
- b. El establecimiento de los principios que rigen el proceso laboral (Arts. 11 y 23)
- c. La consagración de la extensión de los beneficios en ella previstos a los funcionarios públicos (Art.6)

Estamos plenamente de acuerdo con esta decisión de otorgar el carácter de Ley Orgánica y de Ley marco a la Ley Laboral; la naturaleza contingente e histórica del Derecho del Trabajo, rechaza la idea de inmutabilidad; sus principios originarios son permanentes más no toda la regulación en detalle de cada beneficio consagrado en sus disposiciones, los cuales deben adaptarse a los cambios que se suscitan en las realidades económicas y sociales.

#### **4.- LA FACULTAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL**

Es característico de los regímenes laborales de América Latina la atribución de un rol determinante a los gobiernos en la conducción de las relaciones laborales, en la prevención y solución de la conflictividad laboral, en la regulación de la vida de las organizaciones sindicales, moviéndose en este sentido en el estrecho borde que separa a la legalidad del irrespeto de los convenios y recomendaciones internacionales, que establecen la necesidad de dialogar con las organizaciones de patronos y trabajadores y el respeto a la libertad sindical.

Venezuela no ha sido una excepción; con el pretexto del mantenimiento de la paz social se ha cerrado el campo de actuación de las organizaciones sindicales y patronales, bien sea desde la norma explícitamente o desde la práctica administrativa; sin embargo, en este sentido consideramos que han habido dos manifestaciones claras de una pretensión de corrección del rumbo, para dar mayor participación a los llamados actores sociales en la definición de políticas generales y/o en la conducción autónoma de sus relaciones.

La primera de ellas, mediante la institucionalización del diálogo social en la reforma de la LOT de 19-06-1997, con la creación de la Comisión Tripartita Nacional, integrada por representaciones paritarias de las organizaciones más representativas de trabajadores y patronos y del Ejecutivo Nacional, con la función de revisión anual de los salarios mínimos y la facultad de recomendar al Presidente de la República su fijación; dicha Comisión Tripartita sólo se reunió en Enero de 1998 produciendo el único salario mínimo concertado en la historia venezolana, fijado por sendas Resoluciones del Ministerio del Trabajo dirigidas a los sectores urbanos, privado y público( Res. N° 2.846 de 19-02-98 y N° 2.847 de la misma fecha, G.O. N° 36.399 de 19-02-1998)

En segundo lugar , mediante el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 20 Enero de 1999 (Decreto n° 3.235, G.O. 5.292 Ext. De 25-01-1999)), se crea adscrito al Ministerio del Trabajo el Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (Senamed), con el objeto de propiciar la autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo, integrado por mediadores y árbitros propuestos por las Organizaciones sindicales de patronos y trabajadores, Universidades y demás instituciones vinculadas al estudio y análisis de las relaciones laborales, lo que garantizaría mecanismos de composición de los conflictos colectivos más confiables que los actuales, caracterizados por una intervención abierta del Ministerio del Trabajo, habiendo, sin embargo, faltado la voluntad política para aplicar en la práctica el Senamed.

Ahora bien, la LOTTT da un paso atrás en la democratización de la vida laboral en el país, al atribuir al Ejecutivo Nacional facultades que antes eran atribuidas a los actores sociales, o que corresponden a otros poderes de acuerdo con la Constitución nacional.

Esto puede observarse de:

- a. Se ratifica la amplia facultad del Ejecutivo Nacional para dictar Reglamentos, Resoluciones Especiales y Decretos en materia de trabajo (Art. 10), facultad que ya aparecía en la LOT (Art. 13); sin embargo, se elimina el control que el Poder Legislativo ejercía de dicha facultad, mediante la obligación atribuida al Poder Ejecutivo de sometérselos para su ratificación o suspensión, una vez que eran dictados, de acuerdo a lo dispuesto en la LOT (Art. 22), con lo cual se atribuye mayor poder al Ejecutivo Nacional en el uso de una facultad que naturalmente corresponde al Poder Legislativo.
- b. Se consagra la discrecionalidad del Ejecutivo Nacional en el dictado de aumentos salariales (Art. 111 LOTTT), facultad que corresponde constitucionalmente a la Asamblea Nacional, y que antes le era atribuida por la LOT al Ejecutivo sólo en caso de aumentos desproporcionados del costo de la vida (Art. 138 LOT), además de que se elimina el control posterior que ejercía el Legislativo, como antes se señaló
- c. Se atribuye al Ejecutivo Nacional, mediante Decreto, la facultad de fijación del salario mínimo anualmente, eliminando el mecanismo de concertación social mediante la Comisión Tripartita Nacional y sustituyéndolo por un mecanismo de consulta ambiguo que no menciona expresamente las instituciones o asociaciones destinatarias de la consulta, como hacía la LOT derogada al establecer la obligatoriedad de consultar a las organizaciones sindicales y a las patronales, así como al Banco Central de Venezuela y al Consejo de Economía Nacional.

## **5.- PRIVILEGIOS AL PATRONO ESTADO**

Además de reforzar los poderes del Poder Ejecutivo Nacional en la vida laboral, tanto en sus relaciones con los otros Poderes Públicos, como en sus relaciones con los actores sociales, patronos y trabajadores, se caracteriza la LOTTT por consagrar privilegios para el Estado en las relaciones laborales con sus trabajadores.

En efecto, podemos apreciar esta característica en las siguientes disposiciones de la LOTTT:

- a) Sustitución de patronos: la Ley consagra que hay sustitución de patronos

cuando se transfiere la propiedad o la titularidad de una empresa o parte de ella, entre dos personas naturales o jurídicas, y el adquirente continúa realizando la misma actividad con los mismos trabajadores.

Pues bien, la LOTTT (art. 67) consagra una excepción que no aparecía en la LOT derogada, por la cual si es el Estado quien adquiere forzosamente los bienes de una empresa cerrada y continúa la misma actividad con los mismos trabajadores y en las mismas instalaciones, no se considera configurada la sustitución de patrono, y la obligación de cancelar las obligaciones causadas con el patrono anterior, corresponderá a éste cancelarlas.

De esta manera, además de que pueden verse vulnerados los derechos de los trabajadores sobre las prestaciones sociales causadas en las relaciones de trabajo entabladas con el patrono anterior, se rompe la antigüedad de los trabajadores, quienes estarán iniciando una nueva relación de trabajo con el Estado, con todos los efectos negativos que ello implica.

- b. Inventiones, Innovaciones y Mejoras: La Ley (arts. 320 y sigs.) distingue dos tipos de obras del ingenio del trabajador, las de servicio que son las realizadas por trabajadores contratados para ese fin y las libres u ocasionales en las que predomina el talento del inventor no contratado con ese objetivo. Pues bien, cuando dicha obra del ingenio es producida en una relación de trabajo en el sector público o, financiada con recursos públicos, se considera de dominio público, mientras que si es producida en una relación de trabajo en el sector privado, aún cuando sea de servicio, el autor mantiene sus derechos en forma ilimitada, correspondiendo al patrono sólo un derecho preferente para su adquisición, en los plazos que la norma establece.
- c. Sanción a los incumplimientos patronales: La LOTTT (arts. 538 y 539) establece pena de arresto policial de seis a quince meses a los patronos que incumplan u obstruyan ordenes emanadas de las Inspectorías del Trabajo, tales como la de reenganche de un trabajador despedido, o incurra en violación del derecho de huelga o que incurran en un cierre ilegal de la fuente de trabajo; por el contrario, los funcionarios o personal que ejerzan cargos de dirección en las Instituciones o empresas del Estado, que incurran en violaciones de las disposiciones

laborales, sólo se les abre un procedimiento de destitución a instancias del Ministerio del Trabajo

- d. Estos privilegios consagrados por la LOTTT, corresponden a una política de Estado que se extiende a otras normas distintas a la LOTTT que regulan derechos laborales. Es así como, el Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera, creado mediante Decreto N° 8.896 de 31 de marzo de 2012 (G.O. 39.915 de 4-05-2012), como un Instrumento alternativo para el pago de la deuda derivada de las prestaciones sociales de los trabajadores del sector público, mediante títulos petro-orinoco e inmobiliarios negociables en la bolsa pública de valores bicentenario, se permite (Art. 16. d) establecer una limitación de un (1) año contado a partir de la emisión de los títulos a los fines de su negociación, con lo cual el pago de las prestaciones sociales del trabajador del sector público se ve demorada, institucionalizándose la morosidad característica del Estado en esta materia, todo en contradicción de la norma legal (Art. 142.f LOTTT) que establece un plazo de 5 días contados a partir de la terminación de la relación de trabajo para que el patrono honre el pago de las prestaciones sociales plazo que pareciera entonces estar destinada únicamente para el patrono del sector privado.

## **6. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO**

Como es sabido, la doctrina distingue tres tipos de fuentes del Derecho: las formales, las reales o materiales y las históricas; En el Derecho del Trabajo se reconocen algunas fuentes especiales de la Disciplina, como son las convenciones colectivas de trabajo, pero siempre dentro del esquema de clasificación aplicable a la ciencia del Derecho en su conjunto.

Se considera por la doctrina clásica como fuente formal del Derecho, todos los medios de expresión del Derecho, tales como la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina científica y por fuente real o material, las condiciones de tipo social, político o económico, que determinan el contenido de las normas jurídicas, o fuerza social germinadora del Derecho; éstas únicamente pueden ser consideradas en el ámbito de la Teoría del Derecho cuando son reconocidas y sancionadas por una norma jurídica determinada. Hemos señalado anteriormente como fuente real el Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Polí-

tica Salarial (ATSSD), suscrito el 17 de marzo de 1997, entre el Gobierno, los Trabajadores y los Patronos, representados estos dos sectores por las organizaciones empresariales y sindicales mayoritarias del país en esa fecha, cuyo contenido fue acogido por la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de 19 de Junio de 1997.

La LOTTT en sus artículos 15 y 16 regula el tema de las fuentes del derecho, en relación a lo cual observamos:

- La disposición (Art. 16), incorpora un listado de las fuentes formales del Derecho del Trabajo, comenzando con la Constitución Nacional, los tratados internacionales, la ley, la convención colectiva, los usos y costumbres y la jurisprudencia
- En el primer escalón de la pirámide de fuentes, junto a la Constitución Nacional, ubica a la Justicia Social, la cual, más que un fuente es un principio inspirador de todo el Derecho Social, es decir, no sólo no es una fuente sino que tampoco es un principio específico del Derecho del Trabajo
- Los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, se colocan en el segundo escalón, contrariando a la Constitución Nacional que en su artículo 23 les atribuye expresamente “jerarquía constitucional” y prevalencia sobre toda otra norma, incluso las constitucionales, cuando favorecen al trabajador: Estos, los tratados, pactos y convenciones internacionales, deben ser ubicados en el primer escalón, al mismo nivel de la Constitución Nacional, para resguardar la disposición constitucional que así lo declara
- En el último escalón de fuentes ubica a “...La equidad, la igualdad y el ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano”; en relación con las dos primeramente mencionadas, la equidad y la igualdad, constituyen fuentes de la Ciencia del Derecho en su conjunto, en la medida que se encuentran normadas constitucionalmente en los textos constitucionales de todo país sujeto a un régimen político democrático; en lo que se refiere al ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano, constituyen el fundamento de una tesis político-ideológica autóctona, más no están expresadas en normas, por lo que no constituyen fuentes formales, ni constituyen por consiguiente acontecimientos políticos,

económicos o sociales, que hayan determinado el contenido de alguna norma del Derecho del Trabajo, por lo que tampoco son fuentes reales o materiales

## 7. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DEL TRABAJO

En relación con el tema, hemos señalado anteriormente: “El concepto de principios del Derecho del Trabajo no responde a una sola visión; existen varias opciones en la doctrina laboral:

Podemos distinguir tres criterios de distinción; según la extensión, según su relación con la ley y según su función.

a.- Según la extensión, parte de la doctrina da gran amplitud al concepto, de manera que prácticamente cada institución se constituye en un principio, mientras que para otra parte de los autores, los principios propios de la disciplina se reducen a una o dos ideas centrales que la caracterizan.

Dentro del primer grupo, podemos comprender la mayor parte de la doctrina y de la legislación latinoamericana del trabajo, encabezada por los estudios en el tema del maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez , posición teórica que comprende un listado extenso de principios propios de la disciplina, dentro de los cuales mencionamos los que mayormente han sido receptados en la región, *el protector, el de la irrenunciabilidad o indisponibilidad de derechos, el de la continuidad de la relación laboral, el de la primacía de la realidad, el de la razonabilidad, el de la buena fe y el de no discriminación.*

Asimismo, se observa en la región cierta predisposición en el uso del término “principio” para atribuírselo a instituciones que no lo son, como cuando quiere jerarquizarse alguna nueva institución .

Por el contrario, Mario Ackerman reduce el tema a un principio propio y característico de la disciplina laboral, al punto que su inexistencia implicaría asimismo la inexistencia de la disciplina: el principio de protección o protectorio, conceptuado como directriz que orienta la disciplina y que es el producto de una valoración social con vocación de permanencia y universalidad. En similar óptica, Gonzalo Diéguez , asimila a los diferentes principios que suele identificar la doctrina labo-

ral con la “idea de favor del trabajador”, por lo que los que se conocen como principios constituyen en verdad simples aplicaciones de esa idea.

El desarrollo de esta concepción, tiene importantes efectos prácticos en relación con el problema que se plantea actualmente, referido a la vigencia de los principios del Derecho del Trabajo, y sobre el cual volveremos. Así vemos como Ackerman considera que los otros llamados principios por la doctrina y que antes se mencionaran, son sólo medios técnicos de los que se vale la disciplina para proteger al trabajador, por lo que son *variables y contingentes*, y su ausencia no cuestionaría la identidad del Derecho del Trabajo.

Tendríamos de conformidad con esta vertiente que, la esencia del Derecho del Trabajo es la de ser una disciplina protectora del trabajador, sin la cual no sería tal disciplina; sin embargo, las fórmulas que se empleen para proteger al trabajador, esto es, el “cómo proteger”, podría variar en el tiempo, sin que ello afecte la identidad de lo laboral, tal cual ha sucedido en la práctica.

Una reflexión queda: si tomamos en cuenta la diversidad de formas de trabajo que hoy por hoy coexisten con la forma típica de trabajo por cuenta ajena y subordinado jurídicamente y, por ende, la gran cantidad de personas que viven de su trabajo pero que no reúnen las características del trabajador subordinado típico ¿no sería más adecuado hablar de la protección del trabajo, como principio fundamental de la disciplina? Aunado a la primacía del hombre de frente al capital, entendido éste como el conjunto de medios materiales que se utilizan para la consecución del resultado en la actividad económica, despejaríamos las dudas sobre la equiparación de ambos factores, capital y trabajo, empleador y trabajador.

Porque, si preferimos hablar de la protección del trabajador, como principio fundamental y característico del Derecho del Trabajo, tendríamos que redefinir el concepto de trabajador, para abrirlo y comprender los trabajadores no dependientes y a los subordinados económicamente.

En este sentido, los planteamientos de Deveali, sobre el objeto del Derecho del Trabajo y la necesidad de ampliarlo para referirlo no al contrato de trabo subordinado sino a los contratos de trabajo o relaciones de actividad profesional para comprender nuevas formas de relaciones que tienen por objeto la actividad humana, siguen vigentes.

b.- Según su relación con la ley, para algunos tratadistas, los principios existen en la norma que los describe, mientras que para otros están por encima de la ley, como una especie de derecho natural que inspira a la legislación o anteceden a ella, informando su creación, aplicación e interpretación, del mismo modo. El planteamiento equivale a interrogarse sobre la existencia de los principios de la disciplina aún en ausencia de previsión legislativa y sobre la posibilidad de contradicciones entre principio y norma legal.

Al respecto, existen posiciones extremas, como la de Justo López que considera que los principios del derecho sólo son “*dados y descubribles en el mismo derecho positivo*”, o también en el mismo sentido Diéguez que considera que “*sólo cuentan si aparecen formulados en la ley o la jurisprudencia*”, mientras que Podetti en la esquina de enfrente, citando a Llambías, considera que constituyen “*principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia histórica concreta determinada*”. Plá Rodríguez, ubicado en una posición más cercana de Podetti que de López o Diéguez, considera que se encuentran “*por encima del derecho positivo, en cuanto le sirven de inspiración; pero no pueden independizarse de él...*”

Más allá de centrarnos en una discusión entre *ius naturalismo* o *ius positivismo*, corrientes filosóficas que se proyectan en el pensamiento de los autores del Derecho Laboral, es importante destacar las coincidencias entre los defensores de una u otra corriente del pensamiento jurídico, en el sentido de que no puede haber contradicción entre los principios y la norma legal, bien sea porque se piense que aquéllos al inspirar la norma determinan el contenido de ésta o porque se sostenga que la norma comprende y crea dentro de ella a los principios. En ambos casos pues, están en sintonía los principios y el cuerpo normativo, debe existir una relación armónica entre ambos. En este sentido, Plá Rodríguez, destaca la influencia mutua de los principios y el derecho

Estrechamente relacionado con lo anterior está el punto de considerar si los principios deben expresarse en la ley. Al respecto consideramos que ello no es necesario para su existencia; los principios se caracterizan por una aceptación universal, por lo que identifican y le dan coherencia a la disciplina. Si hacemos un esfuerzo de abstracción y nos colocamos en el estado originario del Derecho del Trabajo, observaremos que cuando

se dictaron las primeras normas limitativas de la jornada de trabajo, se dictaron en protección del trabajador, sin que estuviere escrito que la disciplina laboral es una disciplina protectora del trabajador. La primacía del hombre sobre el capital que consagra el Derecho del Trabajo, se infiere del análisis de su normativa protectora de la salud física y de la integridad moral del trabajador, sin que así esté establecido expresamente.

De la misma manera, sostener que los principios deben estar calificados claramente como tales en la letra de las normas, equivaldría a sostener que en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo no existen principios porque no se les denomina así en su texto, cuando es sabido que ella constituye el elenco de principios más amplio y acabado de la disciplina, al punto de que sirvió de base a la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 18-06-1998

c.- Según el tercer criterio, esto es, según su función, los principios pueden ser entendidos en relación con el sistema de fuentes y de su interpretación o aplicación, pero también abarcando toda la disciplina jurídica laboral y justificando su existencia.

La doctrina laboral mayoritariamente, considera a los principios de la disciplina en relación con el sistema de fuentes del Derecho Laboral y, en este sentido, siguiendo a Federico De Castro, distinguen tres funciones típicas que cumplen en el proceso de creación y aplicación del derecho, a saber:

*Informadora*; influyen en el creador de la norma, generalmente el Estado aunque también los sindicatos y patronos cuando acuerdan la norma autónoma, por lo que determinan el contenido de las normas y fundamentan la disciplina

*Normativa o integradora*; cuando se utilizan por el órgano de aplicación del derecho, judicial o administrativo, para resolver el caso concreto en ausencia de norma (supletoriamente)

*Interpretativa*; para determinar el alcance y exacto sentido de las normas, sean éstas heterónomas u autónomas

Otros autores, más restrictivamente, consideran la importancia de los principios sólo a los efectos de cumplir una función interpretativa de las normas. Dentro de este grupo, es ilustrativa la posición de Caldera

quien considera a los principios como características o reglas que rigen la interpretación del Derecho del Trabajo.

Otros, por el contrario, agregan otras a la trilogía de funciones típicas a que hicieramos referencia, como veremos:

Dentro de este grupo de autores es significativa, por la variedad de funciones que atribuye a los principios, la posición de García Martínez, quien entre otras, alude a su función de “filtro” para adaptar a las particularidades de la disciplina aquéllas nociones originarias el derecho común, a su función de “dique”, para contener el avance de la legislación no laboral y a su función de “cuña” para avanzar ciertos conceptos del Derecho del Trabajo en otras disciplinas.

En similar línea de pensamiento, Morgado considera que el señalamiento expreso de los principios en las normas constitucionales es positivo, si tomamos en cuenta la rigidez de los procesos de reforma de la ley fundamental de los países, lo que tornaría inconstitucionales los propósitos para “eliminar, disminuir o debilitar la declaración y garantía constitucional de los principios y derechos laborales fundamentales”<sup>3</sup> Entiende entonces que, los principios son como una especie de “dique” a las adaptaciones o transformaciones de la legislación laboral.

Asimismo, gran parte de la doctrina advierte la función identificadora y cualificadora de la disciplina que cumplen los principios, en el sentido de que confieren un sello característico al Derecho Laboral.

Creemos que, los principios son un ideario que rige la disciplina laboral, constituyendo un cauce por el cual transcurre la disciplina sin perturbaciones, desde su nacimiento, pasando por su interpretación y aplicación, hasta su modificación, sustitución o derogación. Los principios informan el origen y evolución del Derecho Laboral, más no pueden constituirse en diques que cambien el curso de las aguas porque los estaríamos contraponiendo a las fuerzas sociales, impulsadoras del devenir del derecho.

Además, ciertamente que los principios identifican la disciplina, al punto que, siguiendo a Ackerman, la ausencia o contradicción de aquéllos –en la doctrina o la legislación- supondrá la negación de

---

3 E. Morgado, Op. Cit. P. 177

la disciplina. El mismo significado gramatical del término principio “Causa, origen de algo”<sup>4</sup> da cuenta de la relación causal existente entre principio y normas, contribuyendo dicha relación a su caracterización e identificación.<sup>5</sup>

Pues bien, el artículo 18 de la LOTTT, titulado Principios, así como el 24, titulado Correcta Aplicación de esta Ley, regulan el punto, mereciendo las siguientes observaciones:

- a. Incorpora los principios consagrados constitucionalmente (Art. 89 C.N.) y agrega en el primer lugar del listado a dos principios propios de Doctrinas Sociales y Políticas, como son la Justicia Social y la Solidaridad, más que principios del Derecho del Trabajo; es así como la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, incorpora en su Preámbulo la consideración a la Justicia Social como una causa política que justifica la existencia de la legislación internacional del Trabajo y la misma Organización Internacional del Trabajo
- b. Silencia el Principio Protector o Tutelar del Trabajador, Principio que ha sido considerado consustancial con el Derecho del Trabajo, el cual aparece regulado en el Reglamento de la LOT (Art. 9º)
- c. Ratifica la característica de la legislación del trabajo venezolana, en el sentido de incorporar un extenso listado de principios
- d. Se ratifica el sentido restrictivo que se ha dado en Venezuela a la función de los Principios, dirigidos sólo a orientar la interpretación y aplicación de la Ley, olvidando su función informadora e integradora
- e. Ratifica asimismo, la visión de los principios como dique que impida las adaptaciones o transformaciones del Derecho del Trabajo, sobretudo con la ratificación de los principios de intangibilidad y progresividad consagrados constitucionalmente
- f. El artículo 24 incorpora un conjunto de ideas y principios, tales como “la construcción de relaciones de trabajo justas e igualitarias”, “la satis-

---

4 Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésima primera edición, 1994

5 BERNARDONI, María; Los Principios y el Ámbito de Protección del Derecho del Trabajo. Tendencias de la Legislación y la Jurisprudencia en I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia, Ley y Jurisprudencia Laborales. Libro Memoria, Caracas. Congreso Laboral, S.C. 1ª. Ed. . 2005

facción de las necesidades del pueblo”, la “independencia y soberanía económica del país” que poco tienen que ver con el Derecho del Trabajo, sino con una Tesis Política, y que además, llama la atención que no se menciona dentro de ellas el bienestar y superación del trabajador y su familia, individualmente considerados, como finalidad de la “correcta interpretación de la Ley”, sino que se presume, éstos están comprendidos dentro de las ideas colectivistas de pueblo, colectividad y desarrollo humano

## **8. EL PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS**

La LOTTT desarrolla en forma separada los principios de Irrenunciabilidad de Derechos (Art. 19), Igualdad y Equidad de Género (Art. 20) No Discriminación en el Trabajo (Art.21), Primacía de la Realidad (Art. 22) y Administración de Justicia (Art. 23), de los cuales, nos detenemos por su importancia en el de Irrenunciabilidad de Derechos.

- a. Ratifica la noción amplia sobre la extensión de este principio, fundamentado en la naturaleza de orden público que tienen las normas del Derecho del Trabajo, en tanto garantizan al trabajador un mínimo de condiciones de trabajo inderogables, que ya aparece en el Artículo 3° de la LOT y en el Artículo 9.b de su Reglamento; en este sentido, todas las normas, legales, reglamentarias o convencionales, están investidas de la indisponibilidad que caracteriza a este principio, y no como en otras legislaciones en las cuales sólo las normas legales son consideradas irrenunciables más no las contenidas en los contratos de trabajo individuales o colectivos, con lo cual se flexibiliza considerablemente la Disciplina, permitiéndose a los autores de las normas pactadas su adaptación a los cambios que van operándose en la empresa.
- b. Incorpora la limitación a la transacción y al convenio contenida en la Constitución nacional (Art. 89.2), en el sentido de permitirlos sólo a la terminación de la relación laboral, adoptando así la vieja tesis de la subordinación del trabajador que hace dudar de su libertad de frente al patrono, subordinación que finaliza con la relación laboral, resurgiendo en este momento la libertad de decisión del trabajador, tesis que no podemos decir que sea generalizada y que además, desestimula los acuerdos en una relación como la laboral, caracterizada justamente

por la necesidad de un intercambio permanente entre los sujetos que la desarrollan, para conciliar los intereses comunes y contradictorios que naturalmente se presentan.

- c. Silencia el efecto de cosa juzgada a la transacción celebrada por ante el funcionario competente del trabajo, juez o inspector, que establecía expresamente la LOT en su Artículo 3° y que establece el Reglamento de la LOT aún vigente en su artículo 11.

La importancia que tiene el punto para la seguridad jurídica, hace esperar que en la próxima aprobación del Reglamento de la LOTTT se incorpore este efecto, recogiendo las previsiones del régimen anterior.

## **9. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES Y LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN**

El Derecho del Trabajo, no obstante el carácter de orden público de sus normas y la irrenunciabilidad consecencial de los derechos que consagra en beneficio del trabajador, luego de que en un primer momento se objetara la admisibilidad de la prescripción, la acepta para preservar la seguridad jurídica en las relaciones laborales, siendo aplicable en este ámbito sólo la prescripción extintiva, que supone la inercia del acreedor para exigir el cumplimiento de su crédito por parte del deudor, tal como ha señalado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia .

La LOTTT regula esta materia en sus Artículos 51 y 52 en los siguientes términos:

- a. Alargamiento del lapso de prescripción: Cumpliendo al mandato contenido en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución Nacional, el lapso de prescripción de las acciones para demandar el pago de las prestaciones sociales, se eleva a 10 años y para el resto de las acciones provenientes de la relación de trabajo se eleva a 5 años; en ambos casos el lapso de prescripción comienza a contarse desde la fecha de terminación “de la prestación de servicios”, lo que debemos entender como desde la fecha de terminación de la relación de trabajo, ya que hay supuestos en los cuales finaliza la prestación de servicios pero la relación de trabajo permanece vigente, como el caso de la suspensión de la relación de trabajo.

Pensamos que en la practica la mayoría de las demandas por prestaciones sociales se presentarán en el lapso de 5 años, para cubrirse del riesgo de que se declaren prescritos otros conceptos que suelen demandarse conjuntamente con las prestaciones sociales y que influyen en su monto, tales como diferencias salariales, de utilidades y bono vacacional

- b. Prescripción para el reclamo de enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo: Ratifica el lapso de 5 años que ya establecía la Ley Orgánica de Prevención , Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT), Artículos 8 y 9, en la cual se distingue el momento a partir del cual comienzan a contarse los 5 años, que será a partir de la fecha de certificación del origen ocupacional del accidente o enfermedad por parte del INPSASEL, si la demanda es contra la Tesorería de la Seguridad Social para reclamar las prestaciones por accidente o enfermedad ocupacional, mientras que, si la acción es para reclamar al empleador el pago de indemnizaciones por accidentes o enfermedades ocupacionales, el lapso de prescripción comienza a transcurrir a partir de la fecha de terminación de la relación de trabajo o de la certificación del INPSASEL, lo que ocurra de último.
- c. Extraña la omisión de la LOTTT a toda referencia a la prescripción especial en caso de reclamación por utilidades del último año y de las diferencias de cualquier beneficio por la incidencia que tengan las utilidades, antes reguladas por la LOT (Art. 63) y su Reglamento (Art. 111), según los cuales el lapso no comienza a transcurrir hasta tanto las utilidades no sean exigibles, lo que ocurre una vez transcurridos los 2 meses siguientes al día de cierre del ejercicio económico de la empresa. Creemos no obstante, que en aplicación de la norma reglamentaria aún vigente, se aplica la misma solución.
- d. En lo que se refiere a los modos de interrupción de la prescripción, es decir, las formas admitidas por el legislador para poner en mora al deudor (patrono) del cumplimiento de las obligaciones derivadas de las leyes laborales , la LOTTT silencia la exigencia de la citación al patrono para que la demanda judicial y la reclamación administrativa, que son las formas más socorridas para interrumpir la prescripción, no obstante, pensamos que en aplicación de la norma supletoria del Código Civil (Art. 1969) es necesaria la notificación al patrono o el

registro de la demanda con la orden de comparecencia para que produzca efectos la interrupción de la prescripción.

Por otra parte, se observa que se eliminan los dos meses que otorgaba la LOT, luego del vencimiento del plazo de prescripción, para la citación del patrono, lo cual parece deberse al considerable alargamiento del lapso de prescripción contemplado.

Por último, incorporando la amplia y reiterada doctrina sobre el punto, se agregan como causas de interrupción de la prescripción a los acuerdos y transacciones celebrados por ante el funcionario competente del trabajo.

## **CONCLUSIONES**

1. Mantiene similar objeto al que establecía la LOT: el Trabajo como Hecho Social; sin embargo, lo hace incorporando nociones políticas, tales como que la riqueza es producida por los trabajadores y la de que el trabajo es un proceso liberador, que la convierten en una ley transicional hacia un modelo donde no exista la relación de trabajo ajena y subordinada, del trabajador hacia el patrono, propia del Derecho del Trabajo y que explica desde su origen su carácter protector y nivelador de la persona del trabajador
2. Revierte avances concretos en la participación democrática de los actores sociales, trabajadores y patronos, al eliminar la concertación tripartita como mecanismo privilegiado para la fijación del salario mínimo, atribuida por la LOT a una Comisión Nacional Tripartita, conformada por las organizaciones más representativas de trabajadores y patronos conjuntamente con el Ejecutivo Nacional, para reservar a éste dicha facultad
3. Amplía la facultad normativa del Ejecutivo Nacional, en el dictado de Reglamentos y Decretos y elimina el control posterior que ejercía la Asamblea Nacional de acuerdo con la LOT
4. Consagra privilegios para el Estado patrono, como en el caso de la sustitución de patronos, que discriminan a sus trabajadores y violentan la intangibilidad de los derechos consagrada por la Constitución Nacional

5. Incorpora como fuentes y principios del Derecho del Trabajo, nociones y teorías políticas que, además de ser excluyentes de otras corrientes del pensamiento, en violación del pluralismo político consagrado en la Constitución Nacional, son extrañas a la Teoría del Derecho del Trabajo
6. Mejora la institución de la prescripción de los derechos laborales, mediante el alargamiento del plazo para interponer las demandas.



# **Comentarios Críticos sobre el Nuevo Régimen de Prestaciones Sociales**

Pedro Ramos Rangel\*

## **RESUMEN:**

El artículo hace un balance crítico de las modificaciones y cambios realizados al nuevo régimen de prestaciones sociales, instaurado a partir del 07 de mayo del año 2012.

Palabras clave:

Derecho del Trabajo, prestaciones sociales, Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras.

## **Abstract:**

This paper conducts a critical balance of the modifications and changes on the new regime of social benefits established on the 7th of May of 2012.

Key words:

Labor Law, Social Benefits, Organic Law of Labor and of the Workers.

## **INTRODUCCIÓN**

Con este trabajo pretendemos dar una visión crítica sobre las modificaciones y cambios realizados al nuevo régimen de prestaciones sociales instaurado a partir del 07 de mayo del presente año 2012; y, cuando señalamos que se trata de una visión crítica, no solo nos referimos a que se trata de una visión en la que planteamos nuestro desacuerdo con la misma, que lógicamente forma parte del análisis realizado, sino que también incluye aquella parte de la crítica, que no se por qué razón a veces se esconde, como es destacar lo bueno y positivo que otros hacen; para con ello dar una visión equilibrada y objetiva del tema, en la que tratamos de conciliar la realidad con lo jurídico, que lamentablemente no siempre van en la misma dirección.

---

\* Profesor de la UCAB

En este sentido, el orden que hemos dado al trabajo esta directamente relacionado con el orden de los artículos de la LOTTT que contienen el tema, que como sabemos van fundamentalmente desde el artículo 142 hasta el artículo 146 –no incluimos el artículo 141 pues a nuestro juicio solo se trata de una mera declaración de principios, ni el 147 que forma parte de la regulación de una ley especial– y en ese orden lo hemos analizado, destacando en cada uno de los artículos aquellos aspectos en los cuales mantenemos nuestro desacuerdo por las razones esgrimidas, los aspectos en los cuales consideramos positivo e interesante las modificaciones realizadas así como la conveniencia de que se hayan mantenido ciertos aspectos de la anterior LOT.

Así y luego del comentario inevitable sobre el origen y formación de la nueva normativa laboral, empezamos el análisis por el artículo 142, tal vez el de mayor relevancia, y el más duramente criticado, no tanto por no estar de acuerdo con su contenido, que no lo estamos, sino por tratarse de un artículo cuestionable por su lejanía de la realidad que se vive en la calle, en las empresas, entre los trabajadores, en el seno de los sindicatos, sin contar las confusiones que genera. Luego analizamos los artículos 143 –depósitos, acreditación e intereses–, 144 –anticipos–, 145 –fallecimiento del trabajador–, y 146 –aplicación del régimen de prestaciones a los funcionarios públicos–, en donde encontramos más coincidencias que desacuerdos y así lo hacemos saber.

Finalmente abordamos el artículo 51 de la LOTTT, que si bien no regula el tema de las prestaciones sociales, si trata un tema vinculado a éstas y de altísima importancia tanto para empresarios como para trabajadores, desde el punto de vista de la seguridad jurídica que representa para ambos, como lo es el tema de la prescripción de las acciones en materia laboral, dado que según nuestro criterio su nueva regulación no solo es enormemente inconveniente para el proceso social trabajo, sino que en los términos en que ha sido planteado solo genera incertidumbre y confusión debido a su errática formulación.

## **I. SOBRE EL ORIGEN Y FORMACIÓN DE LA NUEVA LOTTT**

La denominada garantía de las prestaciones sociales, anteriormente denominada prestación social de antigüedad, se encuentra prevista desde

el artículo 141 hasta el artículo 147 de la nueva LOTTT<sup>1</sup>. Pues bien, las prestaciones sociales consagradas en el artículo 92 de la vigente Constitución Nacional<sup>2</sup>, debían por mandato Constitucional reformarse dentro del primer año de vigencia de la actual Constitución, contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional y para ello el nuevo régimen de las prestaciones sociales debía integrar “...*el pago de este derecho de forma proporcional al tiempo de servicio y calculado de conformidad con el último salario devengado*”<sup>3</sup>...”, es decir, que la reforma que se hiciera sobre el particular debía tomar en consideración dos parámetros fundamentales, a saber, la antigüedad en el trabajo y su cálculo en base al último salario devengado por el trabajador. Si bien es cierto que el mandato constitucional estaba en mora –imputable a la Asamblea Nacional– desde el año 2000, año en el cual debió hacerse, promulgarse y publicarse la reforma, no es menos cierto que lo que se hizo este año 2012, se hizo de una forma bien cuestionable, por decir lo menos, desde el punto de vista de la formación de la nueva LOTTT y por tanto de dudosa Constitucionalidad.

Así tenemos, por una parte, que fue dictada en el marco de los poderes especiales concedidos al ciudadano Presidente de la República, por Ley Habilitante en diciembre del año 2010,<sup>4</sup> la cual en ningún momento hace referencia a la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, pues la misma se otorgó por otros motivos distintos, concretamente para poder atender con mayor rapidez y agilidad los daños y desastres causados y muy particularmente socorrer a los damnificados en virtud de los torrenciales aguaceros producidos en todo el territorio nacional a finales de ese año 2010, y por la otra, se sustrae de la sede natural, esto es, la Asamblea Nacional, la discusión y elaboración de tan importante Ley Orgánica, tal vez, el cuerpo normativo más importante después de la Constitución Nacional, sin mencionar, no por ser menos importante y tal vez esa sea la razón de hacerlo de la forma en que se hizo, que en la actualidad, ninguna fuerza política cuenta con la mayoría calificada o de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea, requerida

1 Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.076 Extraordinaria, mayo 07 de 2012

2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinaria, de fecha 24 de marzo de 2000

3 Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

4 Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.009 Extraordinario de fecha 17 de diciembre de 2010

por el artículo 203 de la Constitución para la modificación de las leyes orgánicas, como lo requería el caso in comento. No obstante, estos señalamientos preliminares, de seguida pasamos a referirnos al nuevo régimen de prestaciones sociales y sus modificaciones en relación al recientemente derogado régimen de la prestación de antigüedad.

## II. ARTÍCULO 142 DE LA NUEVA LOTT

El mencionado artículo 142 dispone:

*“Las prestaciones sociales se protegerán, calcularán y pagarán de la siguiente manera:*

*a) El patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora por concepto de garantía de las prestaciones sociales el equivalente a quince días cada trimestre, calculado con base al último salario devengado. El derecho a éste depósito se adquiere desde el momento de iniciar el trimestre.”*

### Comentarios:

Se consagra el depósito de quince (15) días por cada trimestre, sin excluir los tres primeros meses de la relación de trabajo, como sucedía en la derogada LOT<sup>5</sup>, es decir, que para el primer año de la relación de trabajo le corresponderán al trabajador sesenta (60) días y no cuarenta y cinco (45) días, lo que sin lugar a dudas es más beneficioso para el trabajador; y, su cálculo se realizará con base al último salario devengado, lo que además, de cumplir con el mandato constitucional, resulta también más beneficioso para el trabajador.

Debemos primeramente señalar que aun cuando no se estableció de manera explícita un corte de cuenta entre la anterior LOT y la nueva LOTT, y mucho menos un régimen de transición o transferencia como sucedió en junio del año 1997, pues muy por el contrario, lo que se quiso fue darle continuidad al sistema de acreditación o depósito –compartido con el régimen de la retroactividad al finalizar la relación–, pero en los hechos si debe entenderse que debemos poner fin al anterior régimen de acreditación en el sentido que los cálculos que se hicieron se mantienen

---

5 Ley Orgánica del Trabajo. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 5.152 Extraordinaria, 19 de junio de 1997

y no deben en ningún caso recalcularse e iniciar con el nuevo régimen a partir del 07 de mayo de 2012.

En este sentido, lo que se hizo o si se quiere debió hacer hasta el día anterior de la entrada en vigencia de la nueva LOTTT se mantiene inalterable, por lo que la prestación de antigüedad acreditada o depositada hasta el mes de abril del año 2012 que debió ser depositada los primeros días del mes de mayo de 2012, funge como capital semilla para el nuevo fondo –léase por nuevo fondo la contabilidad, fideicomiso o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales- que se inicia a partir del 07 de mayo del 2012, y que la propia LOTTT permite que se mantenga el que venía funcionando o que se continúe con el que ya existe, siempre que el trabajador este de acuerdo.

En efecto, la Disposición Transitoria Segunda, numeral 1, prevé:

La prestación de antigüedad depositada en fideicomiso individual, o acreditada en una cuenta a nombre del trabajador o trabajadora en la contabilidad de la entidad de trabajo antes de la entrada en vigencia de esta ley, permanecerá a disposición de los trabajadores y trabajadoras en las mismas condiciones, como parte integrante de la garantía de prestaciones sociales establecidas en esta Ley.

Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda, numeral 3, prevé:

Los depósitos trimestrales y anuales por concepto de garantía de prestaciones sociales establecidos en esta Ley empezaran a realizarse a partir de su entrada en vigencia y, a voluntad del trabajador o trabajadora, podrán ser depositados en el mismo fideicomiso individual o acreditados en la misma cuenta de la contabilidad de la entidad de trabajo.

De tal forma que a la última acreditación o al último depósito efectuado de la prestación de antigüedad conforme a la derogada LOT, correspondiente al mes de abril de este año y que muy probablemente se realizó los primeros días del mes de mayo, y que como ya señalamos se mantiene inalterable y sin recalculo de ningún tipo, se le empezarán a sumar las que se vayan causando y realizando a partir de la entrada en vigencia de la nueva LOTTT; y ello deberá realizarse en el mismo fondo

que ya existía para esos fines o en otro –siempre dentro de las opciones legales– si el trabajador decide cambiarlo.

Por otra parte, en relación al cálculo en base al último salario devengado, lo cual a nuestro juicio no es más que plasmar en la nueva LOTTT lo que ordena la vigente Constitución Nacional, se ve sencillo en aquéllos casos en los que el trabajador percibe un salario fijo, quince y último, pero si se trata de un trabajador que percibe un salario variable, que según el artículo 122 de la nueva LOTTT, la base de cálculo será el promedio de lo devengado durante los últimos seis meses<sup>6</sup> inmediatamente anteriores, por lo que surge la duda sobre el periodo de tiempo que debe tomarse en consideración para el depósito a acreditación en estos casos, será de seis (6) meses por qué se trata de un trabajador a destajo, por comisión o será de tres (3) meses por cuanto hablamos de depósitos trimestrales. Sobre el particular no se hizo ninguna previsión, pero particularmente creemos que se deberá tomar en consideración el promedio de los últimos tres meses.

Más aun, la situación podría ser más compleja si nos referimos a trabajadores que si bien perciben un salario fijo, éste varía mes a mes, por cuanto resulta que laboran horas extras que le permite unos ingresos adicionales; hablamos de un trabajador que si bien no podemos ubicarlo técnicamente como un trabajador con salario variable, pues se ha pactado un salario fijo, sus ingresos sí varían mes a mes, por la percepción de horas extras, en cuyo caso pudiera suceder que el patrono lo requiera para actividades extraordinarias los dos primeros meses del trimestre respectivo y prescinda de ellas el tercer mes del trimestre, siendo este último el que se debe tomar en consideración para el depósito respectivo, lo cual a todas luces sería desfavorable para el trabajador, pues según la norma se debe tomar como base de cálculo el devengado del último

---

6 **Artículo 122.** El salario base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador y trabajadora por concepto de prestaciones sociales, y de indemnizaciones por motivo de la terminación de la relación de trabajo, será el último salario devengado, calculado de manera que integre todos los conceptos salariales percibidos por el trabajador o trabajadora. En caso de salario por unidad de obra, por pieza, a destajo, a comisión o de cualquier otra modalidad de salario variable, la base para el cálculo será el promedio del salario devengado durante los seis meses inmediatamente anteriores, calculado de manera que integre todos los conceptos salariales percibidos por el trabajador o trabajadora. El salario a que se refiere el presente artículo, además de los beneficios devengados, incluye la alícuota de lo que le corresponde percibir por bono vacacional y por utilidades.

mes del trimestre, que en el caso expuesto es inferior a los dos primeros meses del trimestre.

Por otra parte, se observa que el literal a) señala que el derecho a este depósito se adquiere desde el momento de iniciar el trimestre. Ante lo cual surge la duda de la oportunidad en qué debe realizarse el depósito respectivo. Primeramente debo señalar que un importante número de empresas, tal vez la mayoría, coinciden en que si bien el derecho al depósito trimestral surge desde el principio del trimestre, dicho depósito debe realizarse al finalizar el trimestre respectivo, por aquello de que si el salario no se paga por adelantado sino una vez que se ha prestado el servicio de manera efectiva mal puede adelantarse el pago de este beneficio, de tal forma que igual debe suceder con este beneficio, es decir, no procede acreditarlo o depositarlo antes de prestar de manera efectiva el servicio; no obstante esta posición, debemos también señalar, por el ineludible compromiso académico así como por el compromiso de reflejar la realidad de los hechos, que esta situación origina y de hecho esta originando serios inconvenientes en la práctica y malestar en algunos sectores de trabajadores y sindicatos, pues estos últimos empiezan a darse cuenta que tal interpretación o si se quiere, el nuevo régimen es menos beneficioso, en este aspecto, que el régimen que le antecede o que derogó.

Las razones esgrimidas son:

*i) Los intereses sobre las prestaciones sociales:* Realizar el depósito trimestral, concretamente al finalizar el trimestre respectivo, supone que los intereses de ese capital se empiezan a causar a partir del cuarto mes o del primer mes del siguiente trimestre, perdiendo el trabajador los intereses de los tres primeros meses y así sucesivamente; lo cual desmejora la posición del trabajador.

*ii) Los anticipos y adelantos:* Al realizar los depósitos de los quince (15) días al finalizar el trimestre respectivo tenemos que el capital a favor del trabajador a los fines de solicitar algún anticipo o préstamo será menor o inferior a que si se hiciera el depósito por adelantado o mes a mes como se venía haciendo bajo la vigencia de la derogada LOT. Esto supone un aspecto distorsionador adicional que consiste en el hecho de que para nadie es un secreto que el anticipo de la prestación de antigüedad se ha convertido en muchos casos en un complemento del salario mensual del trabajador, que si bien distorsiona totalmente su naturaleza y

su finalidad, ya que sabemos que no es salario y que la razón de ser de la misma es fomentar el ahorro y proteger al trabajador ante la eventual cesantía, por lo que su uso debe estar restringido exclusivamente a casos de comprobada necesidad predeterminadas por la ley, no obstante, eso no sucede siempre así y la realidad en muchos casos es otra, arrastrada por un tema de economía doméstica, en la cual el ingreso de la familia venezolana promedio se ha visto seriamente afectado por el proceso inflacionario que nos persigue desde hace varias décadas, por lo que el no hacer el depósito mensual supone menos capital y por tanto menos cantidad de anticipo.

De tal forma que hacer la acreditación o el depósito al finalizar el trimestre respectivo no solo supone perder los intereses y contar con menos capital según señalamos sino que además aleja en el tiempo la disponibilidad de dicho capital por parte del trabajador; por ello creemos que el nuevo régimen de prestaciones sociales, en este aspecto en particular, luce menos beneficioso para el trabajador, ya que anteriormente los quince (15) días se distribuían equitativamente entre los tres (3) meses del trimestre respectivo sin tener que esperar a su finalización, lo que se traducía en la práctica en una disponibilidad mensual.

En este sentido y frente a la disyuntiva de tener que hacer el depósito o la acreditación al final del trimestre tal como ya se ha empezado a ejecutar y que a originado malestar en los trabajadores o hacerlo por adelantado para evitar desmejorar la situación de los trabajadores existentes hasta el mes de mayo del 2012 como ya fuera explicado, pero que sabemos supone un contrasentido, surge una alternativa forjada al calor de la circunstancias que consiste en mantener el régimen de la acreditación o depósito de los cinco (5) días mensuales, que bien pudiera ser una alternativa que armonice ambas posturas y que veríamos con buenos ojos que así fuera recogida y reflejada en el Reglamento que debe dictarse a futuro.

Pero en el supuesto no deseado que el Reglamento tan solo reitera el contenido de la Ley sobre este aspecto en particular, pensamos que sería perfectamente factible que patronos y trabajadores acuerden mantener las acreditaciones o depósitos de cinco (5) días mensuales en lugar de realizar dicha acreditación o depósito de quince (15) días al finalizar el trimestre respectivo, siempre que ambas partes lo acuerden en virtud

de considerarlo más beneficioso para el trabajador y más conveniente para el patrono.

Por otra parte el salario para realizar el depósito de los quince (15) días será el salario integral del trabajador, es decir, debe incluir la alícuota de utilidades y de bono vacacional, tal como lo señala el mencionado artículo 122 de la nueva LOTTT.

Finalmente creemos conveniente que las empresas unifiquen los trimestres a fin de facilitar el manejo administrativo y contable de las cuentas, para lo cual sugerimos o que los depósitos trimestrales se ajusten a los trimestre calendario, es decir, Enero-Febrero-Marzo, y el depósito se haga los primeros días del mes de abril; Abril-Mayo-Junio, y el depósito se haga los primeros días del mes de julio; Julio-Agosto-Septiembre, y el depósito se haga los primeros días del mes de octubre; Octubre-Noviembre-Diciembre, y el depósito se haga los primeros días del mes de enero; o en su defecto, los trimestres se ajusten a la fecha de entrada en vigencia de la nueva LOTTT, es decir, al 07 de mayo de 2012, cumpliéndose el primer trimestre el 07 de agosto de 2012, por lo que el primer depósito deberá realizarse los primeros días después del 07 de agosto; el segundo trimestre se vencería el 07 de noviembre de 2012, por lo que el segundo depósito deberá realizarse los primeros días después del 07 de noviembre; el tercer trimestre se vencería el 07 de febrero de 2013, por lo que el tercer depósito deberá realizarse los primeros días después del 07 de febrero de 2013; y, el cuarto trimestre se vencería el 07 de mayo de 2013, por lo que el cuarto depósito deberá realizarse los primeros días después del 07 de mayo de 2013.

b) *“Adicionalmente y después del primer año de servicio, el patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora dos días de salario, por cada año, acumulativos hasta treinta días de salario.”*

### **Comentarios:**

Si bien este particular se mantuvo casi idéntico a como estaba contemplado en el artículo 108 de la derogada LOT, si hubo un pequeño cambio que puede originar dudas en la práctica, que consiste en que el derecho a estos dos días adicionales se causan, con motivo de la entrada en vigencia de la nueva LOTTT, cumplido que sea el año completo de

servicio, es decir, se eliminó la fracción superior de seis (6) meses para tener derecho a ellos, lo que resulta en una desmejora para el trabajador, minúscula, pero desmejora al fin.

Observamos algunos aspectos sobre este literal que creemos conveniente precisar de la siguiente manera:

i) La anualidad requerida a los efectos del pago de estos dos días adicionales debemos fijarla a partir de la fecha de entrada en vigencia de la nueva LOTTT, es decir, 07 de mayo de 2012, fecha de su publicación en la Gaceta Oficial; de tal forma que se debe abandonar la anterior anualidad de junio de 1997 para considerar este pago;

ii) Para el año 2012 le corresponde el pago de los dos días adicionales a aquellos trabajadores que para la fecha de entrada en vigencia de la nueva LOTTT, cumplieren un (1) año completo o fracción superior a seis (6) meses de trabajo para un patrono; por lo que aquellos trabajadores que para la entrada en vigencia de la nueva LOTTT no tuvieran una fracción superior a los seis (6) meses de trabajo o cuya relación de trabajo terminó antes de cumplirse una fracción superior a los seis (6) meses de trabajo, no les corresponderá los dos días adicionales; y,

iii) Para el año 2013 le corresponderán los dos (2) días adicionales a aquellos trabajadores que para el primer año de vigencia de la nueva LOTTT, es decir, 07 mayo de 2013, cumplan un (1) año completo de trabajo para un patrono y no hayan rebasado aun el tope de los treinta (30) días de salario; por lo que si la relación de trabajo culmina antes de cumplirse el año de servicio, no le corresponderán los dos días adicionales.

c) *“Cuando la relación de trabajo termine por cualquier causa se calcularán las prestaciones sociales con base a treinta días por cada año de servicio o fracción superior a los seis meses calculada al último salario.”*

d) *“El trabajador o trabajadora recibirá por concepto de prestaciones sociales el monto que resulte mayor entre el total de la garantía depositada de acuerdo a lo establecido en los literales a y b, y el cálculo efectuado al final de la relación laboral de acuerdo al literal c.”*

### **Comentarios:**

Lo primero que debemos señalar es que se trata de la vuelta a la retroactividad de las prestaciones sociales, pero no como único método de indemnización al finalizar la relación de trabajo, sino como método

alternativo entre la acreditación o depósito, conforme a los literales a) y b) ya comentados, y el cálculo de treinta (30) días de salario por cada año de servicio y con base al último salario devengado para la fecha de terminación de la relación de trabajo, y el que arroje mayor cantidad será la que le corresponda al trabajador, tomando como antigüedad para este último caso la que haya transcurrido a partir del 19 de junio del año 1997, es decir, que si la antigüedad es anterior a esta fecha, los cálculos se realizarán desde esta fecha y se obvia la antigüedad anterior, y si la antigüedad es posterior a dicha fecha, entonces el cálculo se realizará desde la fecha de inicio de la relación de trabajo, conforme lo dispone la disposición transitoria segunda, numeral 2, de la nueva LOTTT.

La segunda consideración que merece la pena resaltar es que el sistema de la acreditación o depósitos resultó ser tan bueno que no pudo ser eliminado o sustituido por completo en la reforma, muy por el contrario hubo que mantenerlo y obligar a la permanente comparación con el sistema de la retroactividad a fin de escoger el más beneficioso para el trabajador, siendo que en las relaciones de trabajo no mayores de seis (6) años aproximadamente –dentro de las cuales se encuentran la gran mayoría de la población laboral del país– el sistema de la acreditación o depósitos resulta más beneficioso para el trabajador que el sistema de la retroactividad.

Lo tercero que debemos señalar es que ahora se deben realizar siempre ambos cálculos para poder determinar cual de ellos arroja mayor cantidad y reflejarlos en los acuerdos, transacciones e incluso en las sentencias judiciales a fin de justificar el porque se escoge uno frente al otro, siendo el criterio cuantitativo el único que prime en la escogencia.

e) *“Si la relación de trabajo termina antes de los tres primeros meses, el pago que le corresponde al trabajador o trabajadora por concepto de prestaciones sociales será de cinco días de salario por mes trabajado o fracción.”*

### **Comentarios:**

Observamos en este literal que se prevé una situación muy particular pero que nos obliga a distinguir entre dos supuestos de hecho que se destacan al estudiar en su conjunto la norma in comento, concretamente entre quienes terminen su relación de trabajo antes de cumplirse los tres

(3) primeros meses de la relación y aquellos que la terminen después de cumplir los tres (3) primeros meses de la relación.

Para el primer caso mencionado la prestación social de antigüedad se causan mes a mes, cinco a cinco, por lo que debe entenderse que los quince (15) días trimestrales a que hace referencia el literal a), y que se adquieren desde el momento de iniciar el trimestre respectivo, se refieren al segundo trimestre de existencia de la relación de trabajo, pues el primer trimestre de la relación de trabajo se causan mes a mes o cualquier fracción de días del mes respectivo. Pero en el segundo supuesto planteado tenemos que si la relación de trabajo termina después de cumplirse los tres primeros meses de la relación el trabajador tendrá derecho a que le paguen los quince (15) días de salario íntegros aunque solo haya laborado un mes o menos de un mes del segundo trimestre o trimestre sucesivos, pues el derecho para ello se adquiere desde el momento de iniciar el trimestre, independientemente del tiempo laborado en dicho trimestre.

Por otra parte consideramos que los cinco (5) días que corresponden de prestaciones sociales a quienes tengan menos de tres (3) meses de servicio, se causan por cualquier fracción de días del mes respectivo, pues no se hace distingo de tiempo, y por aplicación del principio del derecho según el cual dónde no distingue el legislador –aun cuando en este caso el legislador sea el Ejecutivo– no corresponde hacerlo al intérprete, es decir, trabajos uno (1) o veintinueve (29) días del mes respectivo, te corresponderán por ese mes cinco (5) días de salario.

*f) “El pago de las prestaciones sociales se hará dentro de los cinco días siguientes a la terminación de la relación laboral, y de no cumplirse el pago generará intereses de mora a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país.”*

### **Comentarios:**

Esto recoge lo que ya había sido desarrollado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales Laborales del País, y que ya había sido previsto en el artículo 92 de la actual Constitución Nacional, con dos importantes variantes, a saber:

i) La temporalidad breve de cinco días a que se refiere la norma para el pago de las prestaciones sociales, coloca termino para el inicio del

periodo moratorio a partir del día seis o si se quiere coloca un plazo para el pago oportuno de las prestaciones, que aunque antes no lo había de manera expresa, en los hechos sí existía pues la mora se iniciaba al termino de la relación de trabajo, entendiéndose que las prestaciones sociales debían pagarse de manera inmediata al término de la relación de trabajo, es decir, cumplido el primer mes de terminada la relación de trabajo, daba lugar a los primeros intereses de mora en razón del primer mes de retraso; y,

- ii)* La tasa de mora o retraso en el pago de las prestaciones sociales será la activa y no la tasa promedio de la prestación social de antigüedad como lo venía señalando la jurisprudencia del Máximo Tribunal del País<sup>7</sup> y demás Tribunales Laborales de Instancia.

### III. ARTÍCULO 143 DE LA NUEVA LOTTT

Los depósitos trimestrales y anuales a los que hace referencia el artículo anterior se efectuarán en un fideicomiso individual o en un Fondo Nacional de Prestaciones Sociales a nombre del trabajador o trabajadora, atendiendo la voluntad del trabajador o trabajadora.

La garantía de las prestaciones sociales también podrá ser acreditada en la contabilidad de la entidad de trabajo donde labora el trabajador o trabajadora, siempre que éste lo haya autorizado por escrito previamente.

Lo depositado por concepto de la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses al rendimiento que produzcan los fideicomisos o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, según sea el caso.

Cuando el patrono o patrona lo acredite en la contabilidad de la entidad de trabajo por autorización del trabajador o trabajadora, la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses a la tasa promedio entre la pasiva y la activa, determinada por el Banco Central de Venezuela.

En caso de que el patrono o patrona no cumpliera con los depósitos establecidos, la garantía de las prestaciones sociales devengará intereses a la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país, sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley.

El patrono o patrona deberá informar trimestralmente al trabajador o trabajadora, en forma detallada, el monto que fue depositado o

<sup>7</sup> Véase sentencia de fecha 11 de noviembre de 2008, dictada por la Sala de Casación Social del TSJ, expediente N° AA60-S-2007-00232. Caso José Surita contra Maldifassi & CIA, C.A.

acreditado por concepto de garantía de las prestaciones sociales.

La entidad financiera o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, según el caso, entregará anualmente al trabajador o trabajadora los intereses generados por su garantía de prestaciones sociales. Asimismo informará detalladamente al trabajador o trabajadora el monto del capital e intereses.

Las prestaciones sociales y los intereses que éstas generen, están exentos del Impuesto sobre la Renta. Los intereses serán calculados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el trabajador o trabajadora, mediante manifestación escrita, decidiera capitalizarlos.

### **Comentarios:**

No se realizaron mayor cambios en relación a este particular, concretamente, se mantiene los mismos lugares para realizar los depósitos o acreditaciones trimestrales, es decir, la contabilidad de la empresa, el fideicomiso bancario o el Fondo de Prestaciones Sociales, continuando como una potestad del trabajador la escogencia del lugar; y al igual que con la LOT derogada, los intereses devengados serán a la tasa promedio en el caso de la prestación social sea acreditada en la contabilidad de la empresa o al rendimiento que produzcan los fideicomisos o el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. En todos los casos, los intereses serán calculados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el trabajador o trabajadora, mediante manifestación escrita, decidiera capitalizarlos.

Finalmente, al igual que con la derogada LOT, tanto las prestaciones sociales como los intereses que éstas generen, están exentos del Impuesto Sobre la Renta, solo que anteriormente la derogada LOT solo se refería a los intereses sobre la prestación de antigüedad y la exclusión de las prestaciones sociales se daba porque así lo dispone la Ley de Impuesto Sobre la Renta, ahora ambos conceptos, tanto las prestaciones sociales como los intereses quedan exentos por mandato de la nueva LOTT.

#### **IV. ARTÍCULO 144 DE LA NUEVA LOTTT**

*El trabajador o trabajadora tendrá derecho al anticipo de hasta de un setenta y cinco por ciento de lo depositado como garantía de sus prestaciones sociales, para satisfacer obligaciones derivadas de:*

*a) La construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para él y su familia;*

*b) La liberación de hipoteca o cualquier otro gravamen sobre vivienda de su propiedad;*

*c) La inversión en educación para él, ella o su familia; y,*

*d) Los gastos por atención médica y hospitalaria para él, ella y su familia.*

*Si las prestaciones sociales estuviesen acreditadas en la contabilidad de la entidad de trabajo, el patrono o patrona deberá otorgar al trabajador o trabajadora crédito o aval, en los supuestos indicados, hasta el monto del saldo a su favor. Si optare por avalar será a su cargo la diferencia de intereses que pudiere resultar en perjuicio del trabajador o de la trabajadora.*

*Si las prestaciones sociales estuviesen depositadas en una entidad financiera o en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, el trabajador o trabajadora podrá garantizar con ese capital las obligaciones contraídas para los fines antes previstos.*

#### **Comentarios:**

En este particular tampoco se realizan cambios importantes, salvo por el hecho de que percibimos una ampliación de los sujetos que pueden dar motivo a la solicitud o anticipo, conforme lo disponen los literales c) y d), pues antes los sujetos se circunscribían al trabajador, su cónyuge, hijos y quien hiciera vida marital con él; pero ahora, se introduce el concepto de familia del trabajador, dentro del cual bien pueden incluirse a los padres y hermanos del trabajador, que antes no lo estaban. Por lo que bien valdría la pena que a futuro la jurisprudencia de los Tribunales Laborales del País, delimiten hasta donde se extiende la noción de familia del trabajador.

#### **V. ARTÍCULO 145 DE LA NUEVA LOTTT**

*En caso de fallecimiento del trabajador o trabajadora tendrán derecho a recibir las prestaciones sociales que le hubieren correspondido:*

- a) *Los hijos e hijas;*
- b) *El viudo o la viuda que no hubiese solicitado u obtenido la separación de cuerpos, o la persona con la cual el trabajador o la trabajadora hubiese tenido una unión estable de hecho hasta su fallecimiento;*
- c) *El padre y la madre; y,*
- d) *Los nietos y nietas cuando sean huérfanos o huérfanas.*

*Ninguna de las personas indicadas en este artículo tiene derecho preferente. En caso de que las prestaciones sociales del trabajador fallecido o trabajadora fallecida sean pedidas simultánea o sucesivamente por dos o más de dichas personas, la indemnización se distribuirá entre todas por partes iguales.*

*El patrono o patrona quedará exento de toda responsabilidad mediante el pago de las prestaciones sociales del trabajador fallecido o trabajadora fallecida a los parientes que la hubieren reclamado dentro de los tres meses siguientes a su fallecimiento.”*

## **Comentarios:**

Con relación a este artículo observamos los siguientes cambios, así:

- i) La norma ahora incluye en su contenido los beneficiarios de las prestaciones sociales en caso de fallecimiento del trabajador, pues antes el artículo 108, párrafo tercero, hacía remisión a los artículos 569 y 570, ubicados dentro del título referido a los infortunios en el trabajo, lo cual fue eliminado de la nueva LOTTT;
- ii) Se mantienen los beneficiarios previstos en la LOT pero con algunas leves variantes, tales como que ahora se habla de hijos e hijas sin límite de edad, antes eran solo los menores de edad y mayores cuando padecieran algún defecto físico; ahora se habla de padre y madre y antes se hablaba de ascendientes que hubieren estado a cargo del difunto, por lo que ahora es más restrictivo; y, ahora se habla de nietos cuando sean huérfanos y antes se hablaba de nietos menores de edad cuando fueran huérfanos, por lo que ahora en este particular es menos restrictiva la previsión legal; y,
- iii) Como sabemos sobre este particular se ha desarrollado toda una doctrina de Casación, tanto por la Sala Social como por la Sala Constitucional, que consideramos acertada y por tanto pensamos que debe mantenerse. La misma ha establecido que al fallecer el trabajador, los derechos, prestaciones e indemnizaciones que deba pagar el empleador, diferentes a la prestación de antigüedad, se transmiten a sus herederos, aplicando el orden de suceder en los

términos y condiciones previstos en el Código Civil.<sup>8</sup> De tal forma que los beneficiarios a que se refiere esta norma solo podrán reclamar la garantía de prestaciones sociales –anteriormente denominada prestación social de antigüedad- y adecuándonos a la nueva ley, también podrán reclamar la cantidad que arroje las prestaciones sociales bajo el sistema de la retroactividad, claro, en el entendido que es uno u otro monto, el que arroje mayor cantidad. Debemos agregar que las indemnizaciones por despido, anteriormente previstas en el artículo 125 de la derogada LOT, y que ahora está contemplada en el artículo 92 de la nueva LOTT, y que es equivalente al monto que le corresponda por las prestaciones sociales –comúnmente denominado pago doble de las prestaciones sociales– deberá, siguiendo la misma orientación de la doctrina de ambas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, correr la suerte del orden de suceder del Código Civil.

## VI. ARTÍCULO 146 DE LA NUEVA LOTT

*“Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estatales o municipales, se regirán por lo dispuesto en este Capítulo.”*

### Comentarios:

La disposición legal in comento tan solo refleja lo que ya estipulaba el parágrafo sexto del artículo 108 de la derogada LOT, en el sentido de extender los beneficios del régimen de prestaciones sociales consagrado en la legislación laboral a los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales, con lo cual se trata de mantener en igualdad de condiciones y en lo que se refiere a este particular, a los trabajadores del sector privado y a los trabajadores del sector público.

Sin lugar a dudas que mantener la igualdad de régimen y beneficios entre los trabajadores del sector público y del sector privado en este particular, no solo es altamente conveniente desde el punto de vista social, sino que esta en perfecta armonía con el sagrado principio de la igualdad

8 Véase sentencia de la Sala Constitucional de fecha 24/04/08, expediente N° 07-0425, en juicio entre el ciudadano Luis Alberto Fernández Ruiz contra Seguros la Previsora, C.A; y, sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 29/11/01, expediente N° 01-000412, en juicio entre María Elena Araque Guerrero y otros contra Chacinería Galicia, C.A.

que debe existir entre todos los venezolanos previsto en la Constitución y demás Leyes de la República.

## **VII. ARTÍCULO 51 DE LA NUEVA LOTT**

Las acciones provenientes de los reclamos por prestaciones sociales prescribirán al cumplirse diez años contados desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El resto de las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse cinco años, contados a partir de la fecha de terminación de la prestación de los servicios. En los casos de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, el lapso de prescripción de cinco años se aplicará conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

### **Comentarios:**

Primeramente observamos que se establecen tres lapsos de prescripción –pero solo nos referiremos a los dos primeros pues consideramos que el tercero no debió incluirse ya que tan solo repite lo que es objeto de regulación de otra Ley Orgánica, concretamente la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

En este sentido se prevé un lapso de prescripción de diez (10) años para las prestaciones sociales, entendiéndose por ésta la que se encuentra prevista en el artículo 141 y siguiente y que sustituyó a la prestación social de antigüedad, y otro de cinco (5) años para la reclamación del resto de los conceptos provenientes de la relación de trabajo, y ambos contados a partir de la terminación de la relación de trabajo.

En segundo lugar, la dualidad de periodos de prescripción que crea la nueva legislación laboral sobre el tema que comentamos, lo vemos con reserva y la consideramos muy inconveniente, pues afecta seriamente la seguridad jurídica tanto de patronos como de trabajadores.

En efecto, la extensión del plazo a diez (10) años para el caso de las prestaciones sociales –que bien sabemos que no es más que plasmar en la nueva LOTT lo que ordena la vigente Constitución Nacional–, supone un costo y gasto adicional para las empresas que deberán conservar a

buen resguardo por un tiempo extremadamente largo, todos los recaudos probatorios que puedan eventualmente necesitar para demostrar el pago de sus obligaciones laborales; sin contar con el hecho de que se abre la puerta a un terreno de confusión e incertidumbre, pues entramos en el campo de las interpretaciones jurídicas, siempre inconvenientes y que nunca se sabe a dónde pueden llegar, ya que cada quien tendrá la suya, como lo es la discusión y fijación de conceptos laborales en sede judicial, cuya acción para reclamarlos estaría prescrita, pero que son fundamentales para el cálculo y posterior reclamación de las prestaciones sociales, como es el caso de las utilidades y del bono vacacional, u otros que están conectados con las mismas, como lo es la determinación de las horas extras, lo cual resulta un terreno peligroso y desconocido por decir lo menos.

En tercer lugar consideramos que en aquellas relaciones de trabajo que culminaron bajo la vigencia de la LOT derogada y cuyo lapso de prescripción de un (1) año venció antes de la entrada en vigencia de la nueva LOTT, no hay vuelta atrás, por lo que la acción para reclamar las prestaciones sociales y cualquier concepto de naturaleza laboral está evidentemente prescrito, salvo los casos de accidente profesional y enfermedad ocupacional, que como se sabe tienen un régimen distinto, concretamente de cinco (5) años y que la nueva LOTT reitera, y el caso de la jubilación, que como se sabe y lo ha señalado de manera reiterada la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, el período de prescripción es de tres (3) años, pero lo que no sabemos sobre este último aspecto es si la Sala lo mantenga o si lo extienda a cinco (5) años.

Pero aquellas relaciones de trabajo que si bien terminaron bajo la vigencia de la derogada LOT, y cuyo lapso de prescripción de un (1) año no había vencido para el momento de entrada en vigencia de la nueva LOTT, o que aun no ha vencido, consideramos que las arroja el nuevo plazo de prescripción de diez (10) años para el caso de las prestaciones sociales y de cinco (5) años para el caso de los restantes conceptos provenientes de la relación de trabajo.



# Los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras

Flavia Ysabel Zarins Wilding\*

Resumen:

Los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales han sido objeto de aisladas sentencias, cuya intención en la mayoría de los casos ha sido determinar la existencia de la estabilidad del trabajador. Aun cuando la nueva Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras no reconoce tales conceptos, actualmente los patronos podrán continuar contratando trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales a través de contratos a tiempo determinado.

Palabras clave:

Derecho del Trabajo, trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, relación laboral.

Abstract:

Temporary, eventual and occasional workers have been an object of isolated judicial rulings. Most of these had the intention to determine the existence of the stability of the labor relation. However, the Organic Law of Labor and of the Workers does not recognize such concepts. Actually, patrons are allowed to contract temporary, eventual and occasional workers under temporary duration contracts.

Key words:

Labor Law, temporary, eventual and occasional workers, labor relations.

---

\* Universidad Católica Andrés Bello. Abogado (1998) Especialización de Derecho Procesal. Cursante. Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello. Derecho del Trabajo I.

A los fines del presente artículo serán utilizadas las siguientes abreviaciones: LOTT: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras publicada el 7 de mayo de 2012; LOT de 1997: Ley Orgánica del Trabajo publicada el 19 de junio de 1997; LOT de 1990: Ley Orgánica del Trabajo publicada el 31 de diciembre de 1990; RLOT: Reglamento de la LOT de 1997 publicado el 28 de abril de 2006; RLT de 1973: Reglamento de la Ley del Trabajo publicada el 15 de enero de 1974; LT de 1936: Ley del Trabajo publicada el 16 de julio de 1936; LT de 1945: Ley del Trabajo publicada el 10 de mayo de 1945.

## **INTRODUCCIÓN**

Los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales forman parte de aquellas figuras del derecho del trabajo poco analizadas por la doctrina y la jurisprudencia nacional. Estos trabajadores, contratados para atender exigencias ocasionales, irregulares y discontinuas han sido objeto de aisladas sentencias emitidas por los tribunales entre los años 1990 y 2012, cuya intención en la mayoría de los casos ha sido determinar la existencia de la estabilidad del trabajador.

Ciertamente, cuando pensamos en trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales asociamos inmediatamente la noción a los trabajadores desprovistos de estabilidad, o al menos ello fue así hasta la entrada en vigencia de la LOTTT.

La LOTTT omite las definiciones de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales anteriormente previstas dentro del capítulo de estabilidad de la LOT de 1990, por lo que surge la interrogante en cuanto a si la intención del legislador fue eliminar estas figuras jurídicas o solamente incluirlas dentro del régimen de estabilidad.

Seguidamente analizaremos esta situación dentro de las modalidades de contratación de trabajo permitidas en la legislación venezolana, partiendo del hecho que los trabajadores eventuales y ocasionales no son una creación legislativa sino una manifestación de un tipo de contratación cuya causa determina la necesidad temporal del contrato. En el supuesto de los trabajadores temporeros, el análisis difiere en cuanto a la temporalidad del contrato, pues como explicaremos posteriormente, las partes podrían no tener la intención de terminar la relación entre cada temporada, sino de vincularse bajo una relación determinada.

### **I. ANTECEDENTES**

La LT de 1936 preveía en su artículo 26 que la duración del contrato de trabajo sería determinada libremente por las partes. Así, cuando el patrono tenía la necesidad de contratar a un trabajador para realizar una labor provisional, las partes establecían un lapso de duración al contrato de trabajo. No existía en ese momento límites en cuanto al tiempo del contrato, por lo que, aún sin existir una definición propia de lo que de-

bía considerarse como un trabajador temporero, eventual u ocasional, se permitía contratar cuando las necesidades eran cíclicas, eventuales, ocasionales bajo la figura del contrato de trabajo con una duración limitada.

La reforma de la LT de 1945 introdujo una importante modificación al sistema de contratación conocido, pues incluyó tres (3) tipos de contrato de trabajo: (i) el contrato por obra determinada, (ii) el contrato por tiempo determinado y (iii) el contrato por tiempo indeterminado.

Los contratos por tiempo determinado se limitaban a un (1) año en el caso de los obreros y a cinco (5) años en el caso de los empleados. Adicionalmente se establecía la obligación de pagar daños y perjuicios cuando alguna de las partes terminaba el contrato antes de su expiración sin causa justificada para ello.

No obstante las limitaciones indicadas, la ley no preveía causas específicas para contratar a tiempo determinado, así que las partes podían elegir la forma bajo la cual querían vincularse.

Al respecto, Caldera sostiene que *“El contrato por tiempo determinado constituye una figura excepcional: sólo se acostumbra celebrarlo con empleados o técnicos especializados cuyos servicios tiene interés el patrono en asegura por determinado tiempo”*.<sup>1</sup> La doctrina tendía a exigir una causa que legitimara la contratación temporal, más la ley vigente no lo preveía. Ciertamente, la ley vigente parecía legitimar cualquier forma de contratación de las previstas.

Sobre el particular, Guzmán sostiene que *“La intención dolosa puede ser deducida en los supuestos en que la naturaleza de la empresa, de los servicios prestados, o el propio beneficio del trabajador, no demanden la celebración de contratos a término o para una obra determinada”*. El autor indica igualmente, que para los años 1959 y 1960 la Consu LToría Jurídica del Ministerio del Trabajo había emitido dictámenes acogiendo el criterio que el contrato a tiempo determinado debía provenir de labores o circunstancias que exijan la celebración del contrato por un término fijo.<sup>2</sup>

1 CALDERA, R. *Derecho del Trabajo* Librería El Ateneo, Editorial. 2da edición 6ta reimpresión, 1979, Buenos Aires, pág. 311.

2 GUZMAN, R. *Estudio Analítico de la LT Venezolana*. Tomo I. Segunda Edición, Editorial Tabare Güerere, Caracas, 1985, pág.582.

El 15 de marzo de 1968, la Corte Superior del Trabajo dictó una sentencia que reconoce la existencia del trabajador ocasional a pesar de que la figura no se encontraba prevista en la Ley para ese momento. En este sentido, el referido fallo señaló que se trataba de un contrato de trabajo sin fijeza, en el cual existían constantes y largas interrupciones en el servicio lo que conllevó a la Corte a considerar que cada vez que el trabajador dejaba de laborar el vínculo se rompía y se volvía a unir con una nueva relación de trabajo.<sup>3</sup>

Por su parte, el R LT de 1973 amplió la regulación existente en materia de contratos a tiempo determinado insertando en el artículo 36 que cuando existan sucesivas prórrogas de contratos a término se presume que las partes tenían la intención de obligarse indefinidamente.

Tal como se observa, desde 1945 hubo sucesivas reformas de la legislación laboral y la introducción de algunos cambios importantes que limitaron la celebración de los contratos a tiempo determinado, no obstante, no fue sino hasta la LOT 1990 que el legislador circunscribió a tres (3) las causas para la celebración de este tipo de contratos. En este sentido, se estableció que los contratos a tiempo determinado sólo podían celebrarse: (i) cuando lo exija la naturaleza del servicio, (ii) cuando tenga por objeto sustituir provisional y lícitamente a un trabajador, y (iii) en el caso de los contratos celebrados con trabajadores venezolanos para la prestación de servicios fuera del país.

La LOT de 1990 resu LTa muy importante para el tema bajo estudio, pues adicionalmente a lo señalado, estableció en el capítulo VII relativo a la estabilidad una definición propia de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en el trabajo. Estas definiciones tenían por finalidad excluir a estos trabajadores del privilegio de estabilidad otorgado a los trabajadores permanentes, razón por la cual fueron insertados dentro del capítulo relativo a la estabilidad.

De igual forma, la LOT de 1990 en sus artículos 305 y 316 hace mención a los trabajadores deportistas que pueden ser contratados por temporada, estableciendo que pueden ser contratados por una o varias temporadas o por tiempo indeterminado. Igualmente define lo que ha

---

3 ODON, J. *Jurisprudencia del Trabajo. Corte Superior del Trabajo y Corte Suprema de Justicia 1965-1970*, Ediciones Schnell C.A., Caracas, 1972, págs.334-335.

de entenderse por un trabajador rural temporero y ocasional. Sobre el contenido de las definiciones ahondaremos posteriormente.

Lo señalado no quiere decir, que con anterioridad a la LOT de 1990 estos trabajadores no existían sino que no era necesario definirlos, pues podían ser contratados bajo la figura de un contrato a tiempo determinado.

La definición introducida en la LOT de 1990 de este tipo de trabajadores tenía por finalidad distinguir entre los trabajadores que gozaban de estabilidad y los que no. Durante los 22 años siguientes estos trabajadores se mantuvieron excluidos de estabilidad, e incluso de la inamovilidad prevista en los sucesivos Decretos Presidenciales como expresamente fue apuntado por cada uno de estos decretos.

Con la publicación de la LOTT en el mes de mayo de 2012 se suprime la definición legal de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales prevista con anterioridad dentro del capítulo de estabilidad, no obstante, se mantienen las definiciones de los trabajadores agrícolas temporeros y los trabajadores agrícolas ocasionales, así como la referencia al trabajador deportista contratado por temporada.

Adicionalmente, la LOTT mantiene las formas tradicionales de contratación entre las cuales figura el contrato a tiempo determinado, con lo cual consideramos que se mantiene la posibilidad de contratar a trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, tal como se explicará en los próximos capítulos.

## **II. NOCIÓN DE TRABAJADORES TEMPOREROS, EVENTUALES Y OCASIONALES**

Cuando hablamos de trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, pensamos en contratos temporales, sometidos a una duración particular. Quizás podríamos decir que los trabajadores agrícolas son los trabajadores temporeros y eventuales u ocasionales por excelencia, toda vez que las labores que prestan dependen en gran medida de las estaciones, las épocas del año y las vicisitudes de la naturaleza y las cosechas.

No obstante, los trabajadores agrícolas no son los únicos trabajadores cuya labor puede depender de una temporada, de una eventualidad o de una ocasión. Así observamos que existen trabajadores que son contratados únicamente por la temporada decembrina cuando aumenta el

volumen de ventas en los comercios, como por ejemplo los trabajadores que envuelven los regalos de navidad frente a las tiendas, o los vendedores adicionales que son requeridos para estas fechas. Los deportistas, así como los trabajadores de campamentos vacacionales también pueden ser contratados por temporada.

Por su parte, existen trabajadores que sólo prestan servicios eventualmente o en ocasiones especiales como lo serían los trabajadores contratados por acumulación de tareas o exceso de pedidos. Supongamos que a una empresa se le presenta una situación excepcional de desproporción entre el trabajo que se debe realizar y el personal del cual dispone, el cual no puede ser cubierto por su nómina convencional por los límites legales previstos para el trabajo en horas extraordinarias. Los trabajadores contratados para cubrir esta acumulación de tareas son trabajadores eventuales u ocasionales.

La acumulación de tareas, exceso de pedidos y circunstancias del mercado, son considerados por la doctrina española como justificativos del contrato eventual, *“para que responda a exigencias contingentes; y, sobre el período de su establecimiento, para que su reiteración no le constituya en fórmula de exclusión de fijeza”*.<sup>4</sup>

Lo mismo sucede con el trabajador contratado para sustituir a otro trabajador por el tiempo en que éste se mantenga ausente. La sustitución puede tener como motivo las vacaciones, la enfermedad u otra causa lícita del trabajador sustituido, caso en el cual el trabajador sustituto es contratado de forma eventual. En el caso del contrato por sustitución es evidente que se trata de un trabajador eventual u ocasional, con la particularidad que el contrato por sustitución se encuentra expresamente previsto en la Ley como causa específica para contratar a tiempo determinado.

Dependiendo si estamos en presencia de labores que se repiten cíclicamente durante una época del año o si se trata de labores irregulares cuya causa se origina en una eventualidad, emergencia o la atención de imprevistos, podremos calificar al trabajador como temporero, eventual u ocasional. No obstante, la nota característica de las figuras es defini-

---

4 ALONSO, M. y otros, *El Estatuto de los Trabajadores Veinte años Después*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, pág. 490.

tivamente la correspondencia entre la labor efectuada y la necesidad temporal del contrato.

Para Cabanellas el trabajo por temporada es *“aquél que se cumple en determinados períodos del año, previstos anticipadamente, de acuerdo con la influencia y necesidades que respecto a la producción, tienen las diversas estaciones anuales”*<sup>5</sup>.

Resu LTa interesante señalar que para la legislación argentina, como lo afirma el citado autor, una vez concluida la temporada la relación de trabajo queda en suspenso y se reanuda en la temporada siguiente, configurándose en este sentido una sola relación de trabajo. Esta tesis, fue compartida por Caldera citando a Almosny y al referirse a los trabajadores agrícolas de temporada<sup>6</sup>. Nótese que para la fecha en que Caldera publicó su obra la legislación no preveía expresamente las causas de suspensión de la relación de trabajo, las cuales fueron introducidas en la LOT de 1990.

En el mismo sentido, la legislación española prevé los contratos por temporada bajo una denominación distinta, cual es, contratos fijos discontinuos. En este sentido, Martín, Rodríguez y García definen este tipo de contratos de la forma siguiente:

El contrato para trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo es una modalidad de los contratos indefinidos, propia de los trabajos que, siendo fijos o permanentes, no se realizan con continuidad. Son trabajos que pertenecen al <volumen normal de actividad de la empresa> (arts. 12.3 y 15.8 ET), pero no es necesario que constituyan la única actividad de la empresa, ya que pueden simu LTanearse con otras actividades de carácter continuo u ordinario dentro de la misma (TS 26 de mayo de 1997), ni es preciso que supongan una actividad distinta de la ordinaria, ya que pueden constituir, simplemente, un <pico> o <temporada a LTa> respecto de la situación habitual (TS 27 de septiembre de 1988).<sup>7</sup>

5 CABANELLAS, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. VIII, 21ª edición. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989, pág. 140

6 CALDERA, R. *Derecho del Trabajo*. Librería El Ateneo, Editorial. 2da edición 6xta reimpresión, 1979, Buenos Aires, pág. 322.

7 MARTÍN, A., RODRIGUEZ F., GARCÍA J. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Decimoquinta edición, 2006, Madrid, pág. 526.

Para la referida doctrina extranjera, los contratos por temporada se consideran fijos aún cuando se suspenden periódicamente entre cada temporada. Así, los citados autores indican:

Tal interrupción no conlleva la extinción del contrato, sino únicamente la paralización de sus efectos principales (trabajo y retribución), como si de una suspensión se tratara (Capítulo 17.V). En todo caso, tras la finalización de cada período de actividad el empresario ha de presentar al trabajador una propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas, a fin de evitar abusos e incumplimientos (arts. 29.1 y 49.2 ET).<sup>8</sup>

Sobre el particular, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 699 de fecha 24 de abril de 2006, dictada en el caso *F.M. Darruiz contra Fumigaciones Agrícolas S.A.* sostuvo que las causales de suspensión del vínculo laboral están previstas en nuestro ordenamiento jurídico de forma taxativa y al no contemplar el final de la temporada como una de ellas, el contrato se extingue. El referido fallo estableció lo siguiente:

Sin embargo, la tesis anterior no resu LTA admisible a la luz del ordenamiento jurídico patrio, por cuanto las causales de suspensión del vínculo laboral están previstas de forma taxativa, por los artículos 94 de la Ley Orgánica del Trabajo y 39 de su Reglamento, que contemplan el accidente o enfermedad profesional, la enfermedad no profesional, el servicio militar obligatorio, el descanso pre y postnatal, el conflicto colectivo, la detención preventiva, la licencia concedida para estudiar o para otros fines, los casos fortuitos o de fuerza mayor, y la medida disciplinaria adoptada por el empleador, estableciéndose adicionalmente el mutuo acuerdo de los sujetos de la relación, con el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Por tanto, entender que el vínculo laboral ha quedado en suspenso, pese a que no se haya verificado ninguna de las situaciones previstas en las citadas disposiciones, y a fa LTA de acuerdo expreso y por escrito de las partes, contraría la legislación vigente.

El rechazo de la posición asumida por el citado autor argentino, implica sostener que al finalizar cada temporada, el vínculo laboral se extingue, con lo cual se establece una equiparación entre el trabajador temporero y aquel contratado por tiempo determinado. (Subrayado nuestro).

---

8 OB. CIT. pág. 528.

De esta forma, los contratos por temporada bajo la legislación venezolana han sido equiparados por la Sala al contrato a tiempo determinado, sin que exista la posibilidad, que puedan considerarse como los contratos fijos discontinuos previstos en la legislación española y la argentina.

Sobre el particular, no compartimos del todo la tesis de la Sala de Casación Social, pues los trabajadores temporeros, a diferencia de los trabajadores eventuales y ocasionales, normalmente son los mismos trabajadores que se contratan cíclicamente. En este sentido, el contrato de trabajo queda suspendido al finalizar la temporada y cobra nuevamente vigor al iniciar la próxima temporada.

Es preciso hacer notar que la LOTTT prevé en su artículo 222 que los trabajadores deportistas pueden ser contratados por una o varias temporadas, e incluso bajo la figura de un contrato a tiempo indeterminado. Si se configura una relación por tiempo indeterminado, es evidente que entre temporada y temporada existe una suspensión de la causa aún cuando la ley no la prevea de forma expresa dentro de la lista de causas de suspensión establecidas en el artículo 72.

Por lo expresado, consideramos que los trabajadores temporeros pueden ser contratados bajo un contrato fijo discontinuo como el previsto en la legislación extranjera, o mediante un contrato a tiempo determinado, cuando las partes realmente tengan la intención de vincularse exclusivamente por una temporada.

De otra parte, al revisar las definiciones que aporta la doctrina nacional y extranjera sobre los trabajadores eventuales y ocasionales observamos que algunos distinguen entre ellos utilizando criterios como el tipo de labores realizadas o la certeza en la duración de los servicios prestados.

Así tenemos que Confalonieri distingue entre los contratos por temporada de los contratos eventuales señalando lo siguiente:

Al tratar la causa específica del contrato eventual propiamente dicho, fueron presentados sus elementos tipificantes. En esa oportunidad se expresó que, para que haya eventualidad, era necesario, en primer lugar, un aumento de volumen del trabajo en la empresa, establecimiento, o aun en unidades menores (p.ej., sección p departamento). De manera tal que, sin la presencia de dicho aumento (nota de adicionalidad),

mal puede pensarse en una vinculación de tipo eventual en sentido estricto. Pero la requisitoria no se detiene en la adicionalidad; es necesario que sea imprevisible y que, por lo tanto, se origine una situación extraordinaria.

En consecuencia, eventualidad es igual a adicionalidad de trabajo, más imprevisibilidad del hecho causante de la nombrada adicionalidad. Si ambas notas no son concurrentes, la eventualidad queda descartada de plano. Frente a una situación extraordinaria, como es la que surge de un aumento imprevisible del trabajo, se originan concretas necesidades transitorias que habilitan la vía temporal de contratación bajo la modalidad eventual propiamente dicha.<sup>9</sup>

Para el citado autor, el contrato eventual requiere de un aumento de volumen del trabajo en la empresa, así como la imprevisibilidad del hecho causante. Mientras que en el contrato por temporada se presencia la nota de adicionalidad, con la diferencia que se trata de un hecho previsible.

Por su parte, Cabanellas, los define en los términos siguientes:

**TRABAJADOR EVENTUAL:** Aquel cuya prestación de servicios resuLTa incierta en cuanto a la duración, aunque en principio limitada y relativamente breve; de manera que en cualquier momento puede dejar de prestar sus tareas a un patrono. Tal puede ser la situación de los substitutos y la del personal tomado por recargo o atraso de tareas o para una función transitoria. (...)

**TRABAJADOR OCASIONAL o ACCIDENTAL:** El que trabaja durante tiempo breve, aun determinado y a consecuencia de las prestaciones impuestas por momentáneas exigencias. Así, la limpieza de la nieve caída en los accesos a un establecimiento o encima de los materiales almacenados a la intemperie.

Esta clase laboral se distingue del trabajador eventual o provisional. Por ejemplo, eventuales son los obreros contratados por una empresa telefónica para abrir zanjas y tender la red de cables y alambres que permiten la instalación del servicio en una localidad; labor que forzosamente es temporal.<sup>10</sup>

---

9 CONFALONIERI, J. *Contrato de trabajo eventual*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, pág 104 y 105.

10 CABANELLAS, G., *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta Tomo VIII, 26ª Edición, Buenos Aires, pág. 126 y 12.

Villasmil Briceño, distingue a los trabajadores eventuales de los trabajadores ocasionales en la forma siguiente:

**TRABAJADORES EVENTUALES:** Trabajadores que desarrollan actividades urgentes del empleador; contratados para realizar labores que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa, en circunstancias extraordinarios. Ejemplo: Aumento inusitado de la demanda en ciertas épocas o efemérides del año lo cual obliga en ocasiones a las fábricas a aumentar el número de operarios y a los comerciantes a elevar el número de sus vendedores. Una vez concluida la anormalidad se hace innecesario mantener a tales trabajadores, por lo cual resu LTA prescindir de sus servicios.

**TRABAJADORES OCASIONALES:** Trabajadores contratados para realizar tareas especiales que no forman parte de la actividad principal de la empresa, aunque su labor se relacione de alguna manera con los fines o propósitos del negocio. Ejemplo, el contador contratado para realizar una auditoría o actualizar la contabilidad de la empresa; el técnico contratado para dictar cursos de orientación o de adiestramiento a otros trabajadores, o evaluar y hacer recomendaciones con relación a la administración.<sup>11</sup>

De acuerdo con las definiciones anteriores se observa que el común denominador es la necesidad temporal de la prestación de los servicios, ya sea para realizar tareas especiales que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa, o que no forman parte de la actividad ordinaria, pero siempre bajo circunstancias excepcionales.

En cuanto a la legislación venezolana, tanto la LOT de 1990 como la recién derogada LOT de 1997 distinguen entre el trabajador permanente, el trabajador temporero y los trabajadores eventuales y ocasionales:

Son trabajadores permanentes aquellos que por la naturaleza de la labor que realizan, esperan prestar servicios durante un período de tiempo superior al de una temporada o eventualidad, en forma regular e ininterrumpida.

Son trabajadores temporeros los que prestan servicios en determinadas

---

11 VILLASMIL, B. *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*. Tomo I, Editorial Mobil Libros, Caracas, 1991.

épocas del año y en jornadas continuas e ininterrumpidas, por lapsos que demarcan la labor que deben realizar.

Son trabajadores eventuales u ocasionales los que realizan labores en forma irregular, no continua ni ordinaria y cuya relación de trabajo termina al concluir la labor encomendada.

De esta forma el legislador establece una clara diferencia entre los trabajadores permanentes y los que no lo son, más no distingue entre trabajadores eventuales y ocasionales, asumiendo que ambos realizan labores irregulares, no continuas ni ordinarias.

Por su parte, la LOTTT no define a los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, por lo que resu LTA preciso determinar si la eliminación de su definición tenía por finalidad prohibir el trabajo por temporada o el trabajo eventual u ocasional, o si es posible la contratación de este tipo de trabajadores y bajo qué figura.

### **III. FORMAS DE CONTRATACIÓN DEL TRABAJO**

La LOTTT prevé tres (3) tipos de contratos de trabajo: (i) a tiempo indeterminado, (ii) a tiempo determinado, y (iii) por obra determinada, todos sujetos a una regulación individual. Estas modalidades de contratación existen desde la LT de 1945, sin embargo, el legislador fue incorporando una serie de principios y presunciones que denotan una clara preferencia por los contratos indefinidos en el tiempo.

Originalmente se sometía a la autonomía de las partes el establecimiento de la duración del contrato. Sin embargo, la libertad consagrada en la LT de 1936 pronto sería cuestionada, al observar el uso indiscriminado de esta modalidad cuando las causas del contrato en realidad no justificaban la temporalidad de la relación.

De esta forma, el trabajador veía trastocada su estabilidad y resu LTabla desprotegido frente a la necesidad de emplearse aunque fuera bajo una contratación temporal. Con base en la situación descrita, el legislador procuró incorporar una serie de disposiciones para asegurar que la mayoría de las contrataciones se hicieran bajo una duración indefinida, dando lugar a la preferencia por el contrato a tiempo indeterminado.

### **a. Preferencia por el contrato de trabajo a tiempo indeterminado**

El artículo 61 de la LOTTT prevé que las relaciones de trabajo se presumen a tiempo indeterminado salvo las excepciones previstas en la Ley. Así mismo, la norma establece que los contratos a tiempo determinado son excepcionales y las normas que los regulan de interpretación restrictiva.

Esta disposición guarda estrecha relación con el principio fundamental del derecho del trabajo de la conservación de la relación laboral. Tal como lo prevé el artículo 9 del RLOT la conservación de la relación laboral implica entre otras circunstancias la *“i) Presunción de continuidad de la relación de trabajo, por virtud de la cual en caso de duda sobre la extinción o no de ésta, deberá resolverse a favor de su subsistencia. ii) Preferencia de los contratos a tiempo indeterminado, en atención a lo cual deberá atribuirse carácter excepcional a los supuestos de autorización de contratos a término...”*

El legislador ha establecido la regla general de contratación bajo la modalidad de un contrato indeterminado o indefinido en el tiempo, permitiendo tan sólo en supuestos excepcionales que se limite la duración de la relación de trabajo.

El contrato a tiempo determinado sólo podrá celebrarse bajo determinadas circunstancias. Así, se pretende restringir el contrato temporal a una causa que la legitime, tal como lo sería la naturaleza del servicio prestado o la sustitución provisional de un trabajador.

La causa del contrato surge entonces como requisito indispensable para la contratación a término y será la que en definitiva legitime que un trabajador no disponga de permanencia en el trabajo.

Los límites en la duración de los contratos a tiempo determinado, así como de sus posibles prórrogas constituyen otra manifestación de la preferencia del legislador por los contratos indeterminados, pues éste ha comprendido que para garantizar el mayor número de contratos indefinidos debe limitar el tiempo de los contratos no deseados.

En todo caso, el legislador reconoce que los contratos temporales son necesarios, pues existen ciertas relaciones que no podrían sostenerse de una forma distinta. Este sería el supuesto de un trabajador contratado

como enfermero para atender un único paciente, cuyo contrato perdería sentido, una vez que el paciente se haya recuperado.

Las limitaciones establecidas a los contratos temporales no tienen por finalidad eliminar esta forma de contratación sino fomentar los contratos indefinidos y evitar que se pretenda utilizar la figura como un mecanismo para evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Existen otras disposiciones previstas en la Ley que constituyen una manifestación de la preferencia del legislador por los contratos a tiempo indeterminado. Así tenemos el artículo 303 referido a los aprendices, donde se establece que la relación de trabajo se mantendrá por el tiempo del aprendizaje y si las partes deciden continuarla se convertirá en una relación de trabajo por tiempo indeterminado. Igualmente, el artículo 25 del RLOT referido al período de prueba, en el cual se establece un lapso máximo de duración<sup>12</sup> a objeto que las partes juzguen si las condiciones y las aptitudes son de su conveniencia.

## **b. El contrato a tiempo determinado**

El artículo 64 de la LOTTT prevé que el contrato a tiempo determinado podrá celebrarse únicamente en los siguientes casos:

- a) Cuando lo exija la naturaleza del servicio.
- b) Cuando tenga por objeto sustituir provisional y lícitamente a un trabajador o trabajadora.
- c) Cuando se trate de trabajadores o trabajadoras de nacionalidad venezolana que prestarán servicios fuera del territorio del República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo establecido en esta Ley.
- d) Cuando no haya terminado la labor para la cual fue contratado el trabajador o trabajadora y se siga requiriendo de los servicios, bien sea por el mismo trabajadora u otro o otra.

Será nulo el contrato de trabajo por tiempo determinado por causas distintas a las antes señaladas, en consecuencia, el trabajador o trabajadora se encontrará investido de la estabilidad propia prevista en esta Ley.

---

12 Según el artículo 87, ordinal 1 de la LOTTT están amparados de estabilidad los trabajadores a tiempo indeterminado a partir del primer mes de prestación de servicio por lo que es posible considerar que el período de prueba se redujo de 80 días a 30 días.

La LOTTT incorpora una nueva causa para contratar a tiempo determinado en el literal d) referida al supuesto que la labor contratada no sido culminada y se requiera continuar con los servicios. Este sería el caso por ejemplo de un trabajador contratado para realizar una auditoría en una compañía y que al vencimiento del término no haya culminado con la misma.

Sobre el particular consideramos innecesaria la inclusión de esta nueva causa, pues conforme con el artículo 62 de la LOTTT el contrato por tiempo determinado puede prorrogarse por un lapso igual de tiempo al previsto originalmente. Igualmente, en caso que ésta prórroga no fuera suficiente para concluir la labor contratada puede incluso ser objeto de dos (2) o más prórrogas en la medida que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y como lo señala el artículo 62 de la LOTTT que excluyan la intención presunta de continuar la relación.

El legislador probablemente incorporó el nuevo supuesto a los fines de evitar cualquier viso de presunción de continuidad de la relación de trabajo, y que no quedara lugar a dudas que en casos como éste la relación fue contratada a término.

La LOTTT redujo el tiempo de duración de los contratos a tiempo determinado a un (1) año, eliminando la diferenciación prevista anteriormente entre obreros y empleados, según el cual los primeros podían contratar por un (1) año y los segundos hasta por tres (3) años. En este sentido, consideramos que resu LTabla conveniente mantener el límite previsto anteriormente para los empleados, pues no sólo los empleados tienen una mayor capacidad para defender sus derechos frente a los patronos, sino que en casos como el de la prestación de servicios en el exterior se justifica que la duración del contrato sea mayor.

Otra novedad incorporada por la LOTTT constituye la extensión del lapso previsto entre las sucesivas contrataciones para considerar que el contrato es indefinido. Así, el artículo 62 de la LOTTT prevé que si dentro de los tres (3) meses desde que termina el contrato a tiempo determinado se celebra un nuevo contrato se entenderá como un contrato por tiempo indeterminado, salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación. Anteriormente el lapso que debía observarse entre la terminación de un contrato y la celebración de uno nuevo era de un (1) mes.

Finalmente se mantiene la posibilidad de prorrogar por una (1) sola vez el contrato a tiempo determinado, pues de ser objeto de dos (2) prórrogas se considerará por tiempo indeterminado, salvo que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación.

#### **IV. LA ELIMINACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE LOS TRABAJADORES TEMPOREROS, EVENTUALES Y OCASIONALES EN LA LOTTT**

La LOTTT, a diferencia de la LOT de 1997, no contiene una definición del trabajador temporero, ni del trabajador eventual y ocasional. Anteriormente, estas figuras se encontraban definidas dentro del capítulo de estabilidad de la LOT de 1997, específicamente en los artículos 114 y 115.

Ciertamente, bajo la LOT de 1997 los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales se encontraban previstos dentro del capítulo de estabilidad, lo cual tenía sentido tomando en consideración que en dicho capítulo se excluía a este tipo de trabajadores de la estabilidad establecida en la referida Ley.

De esta forma, un primer análisis de la LOTTT podría conllevar a sostener que la eliminación de las definiciones de trabajador temporero, eventual y ocasional tuvo por finalidad incluir a este tipo de trabajadores dentro del régimen de estabilidad, más no eliminarlos como figuras jurídicas.

En efecto, la eliminación de su definición no implica necesariamente que el legislador quiso prohibir la contratación de trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales, toda vez que:

- i) La prestación de servicios ocasionales o eventuales siempre existirá en la práctica;
- ii) El legislador incluye la referencia a los trabajadores ocasionales y eventuales en los regímenes especiales de trabajadores agrícolas y trabajadores deportistas, por lo que reconoce la existencia de este tipo de trabajadores; y
- iii) Los contratos a tiempo determinado incluyen como supuestos para su celebración: a) cuando lo exija la naturaleza del servicio, b) para sustituir personal, y c) cuando no haya terminado la labor para la que

fue contratado el trabajador y se siga requiriendo de los servicios, bien sea por el mismo trabajador u otro. Estos supuestos resu LTan aplicables a los trabajadores eventuales y ocasionales.

Existen numerosos patronos que requieren de trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales para realizar trabajos por épocas del año, trabajos urgentes o tareas especiales que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa o que sin serlo se relacionan de alguna manera con los fines de la compañía. A pesar de requerir eventualmente a este tipo de trabajadores, no podrían incluirlos dentro de la nómina ordinaria de la compañía toda vez que la naturaleza de los servicios que serán prestados conlleva intrínsecamente la noción de la temporalidad.

A los fines de comprender de forma precisa cómo es que la eliminación por parte de la LOTTT de la definición de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales no puede ser entendida como una prohibición de estas figuras jurídicas, es necesario ahondar en su noción, el tipo de servicios que prestan y la justificación de su contratación temporal, con las salvedades ya hechas referidas a los trabajadores temporeros.

Los trabajadores permanentes sin lugar a dudas han mantenido y siguen manteniendo una preferencia por parte del legislador, con lo cual, la existencia de contratos atípicos tales como lo serían los contratos suscritos con trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales deben estar plenamente justificados.

La jurisprudencia ha reconocido en algunas sentencias aisladas la existencia de los trabajadores eventuales y ocasionales, sin embargo, no ha profundizado en esta noción. Así tenemos que la SCS del TSJ en sentencia N° 495 de fecha 19 de marzo de 2007, caso: *Emilio Alfaro vs. Hotel Tacarigua, C.A.*, señaló lo siguiente:

El actor prestó servicios a la demandada en determinados períodos y que durante tales períodos los salarios no eran pagados de forma regular, por jornada de trabajo, ya que eran pagados de acuerdo con los trabajos realizados en los días laborados, lo que adminiculado con el listado de nómina del personal del Hotel Intercontinental de fecha 28 de mayo de 2000 a octubre de 2004; la Convención Colectiva que corre a los autos; y el informe emitido por el Sindicato (Sintrahinter); así como de la declaración de la testigo, da certeza de que el actor no era un trabajador de nómina fija, que realizaba labores ocasionales

a disposición de la demandada por temporalidad, extraordinariedad y por eventualidad cuando eran requeridos sus servicios al Sindicato de acuerdo con lo contemplado en la cláusula 69 de la Convención Colectiva, que si bien se aprecia de los recibos de pago que se le descontaba por cuota sindical, tales cuotas se pagaban por cada evento en que laboraba a los fines de hacerle selectivo a quien proveía el personal seleccionado para tales trabajos eventuales” (Destacado nuestro).

De igual forma, la SCS del TSJ hace referencia a este tipo de trabajadores en las sentencias: a) N° 636 de fecha 13 de mayo de 2008, caso: *C.E. Morantes y otros contra Festejos Mar. C.A.*, y b) N° 2194 de fecha 1 de noviembre de 2007, caso: *V.H. Espinoza contra Hermanos Papagayo, S.A.*

Por su parte, la LOTTT reconoce la existencia de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales en los artículos 222 y 230, al hacer referencia a los trabajadores deportistas y a los trabajadores agrícolas. En este sentido, señalan los artículos 222 y 230 de la LOTTT lo siguiente:

Artículo 222. La relación de trabajo de los trabajadores y trabajadoras del deporte puede ser por tiempo determinado, para una o varias temporadas o para la celebración de uno o varios eventos, competencias o partidos. A fa LTA de estipulación expresa, la relación de trabajo será por tiempo indeterminado.

Artículo 230. Los trabajadores y trabajadoras agrícolas pueden ser permanentes, de temporada y ocasionales, se entiende por:

a) Trabajadores y trabajadoras permanentes aquellos y aquellas que en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, o por la naturaleza de la labor que deban realizar, prestan sus servicios en una unidad de producción agrícola de manera permanente, o por un período continuo no menor de seis meses cada año, sea cual fuere el número de días que en la semana presten sus servicios y siempre que lo hagan con un solo patrono o patrona.

b) Trabajadores y trabajadoras por temporada, aquellos y aquellas que prestan sus servicios por lapsos que demarcan la labor que deban realizar, ya sea la cosecha, la limpia de una unidad de producción agrícola, u otra actividad semejante.

c) Trabajadores y Trabajadoras ocasionales, aquellos y aquellas que solo prestan sus servicios accidentalmente en la unidad de producción agrícola en determinadas épocas del año, y no están comprendidos en ninguna de las otras categorías.

Pues bien, queda claro que los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales son trabajadores que laboran por épocas o de forma irregular, discontinua o por tiempo en principio limitada y relativamente breve, tales como: los trabajadores contratados para fumigar cu LTivos en determinadas épocas del año, para eventos específicos en Hoteles Turísticos, o Agencias de Festejos, trabajadores contratados para el mantenimiento o reparación de máquinas, limpieza de vías, para asumir tareas de sobre tiempo por alguna de las causas previstas en la ley, para atender emergencias, para realizar auditorías en las empresas, para atender excesos de pedidos, entre otros.

Estos trabajadores evidentemente no son requeridos continuamente pues la naturaleza de la labor para la cual fueron contratados determina la provisionalidad o temporalidad de la prestación de servicio. En todo caso, resu LTa evidente que los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales existen aún cuando no se encuentren definidos en la LOTTT, pues no sólo así lo reconoce la LOTTT al mencionarlos dentro del régimen especial de los trabajadores deportistas y los trabajadores agrícolas, sino que en la práctica este tipo de trabajo siempre será requerido.

## **V. EL CONTRATO DE TRABAJO DEL TRABAJADOR TEMPORERO, EVENTUAL Y OCASIONAL**

Hemos sostenido que la LOTTT prevé la posibilidad de contratar a tiempo indefinido, por obra determinada y a tiempo determinado. Estas modalidades de contratación no pueden ser vistas sin ignorar la existencia de figuras atípicas relacionadas con cierta categoría de trabajadores, tales como los trabajadores temporeros, los trabajadores domicilio, los aprendices, los pasantes, los trabajadores del hogar, los trabajadores eventuales y ocasionales, entre otros.

En principio, se podría pensar que existen tantas formas de contratación como figuras atípicas existentes al no guardar relación con las formas de trabajo típicas descritas anteriormente. Sin embargo, lo anterior no sería técnicamente correcto.

En nuestro ordenamiento jurídico sólo existe tres (3) formas de contratación típicas, sin embargo, el legislador ha previsto regímenes especiales que se regularán por las disposiciones correspondientes, y

en lo que no esté regulado de forma especial se aplicará lo conducente de la LOTTT. De esta forma, conciliamos el hecho que, por ejemplo, el legislador haya previsto que los pasantes no son contratados bajo la figura de una relación laboral, o que los trabajadores a domicilio puedan prestar servicios con ayuda de sus familiares, ambas situaciones que no concebimos bajo las disposiciones generales de la LOTTT.

Ahora bien, existen trabajadores como los temporeros, eventuales y ocasionales que no tienen prevista una regulación o un régimen especial. De hecho, ni bajo la vigencia de la LOT de 1997 ni la de las Leyes del trabajo anteriores se preveía una regulación especial para este tipo de trabajadores (salvo su exclusión del régimen de estabilidad). Con lo cual, al no existir una regulación especial para su contratación debía aplicarse alguna de las formas de contratación típicas previstas en la Ley.

En este sentido, los trabajadores eventuales y ocasionales debían contratarse bajo la figura de un contrato a tiempo determinado, con los efectos que ello generaría. Los trabajadores temporeros podían contratarse mediante un contrato a tiempo determinado o un contrato a tiempo indeterminado, dentro del cual se suspendía la relación entre cada temporada. La misma situación ocurre con la entrada en vigencia de la LOTTT, con la diferencia que los temporeros, trabajadores eventuales y ocasionales ahora están provistos de estabilidad.

Ciertamente, los trabajadores eventuales u ocasionales, ni bajo la vigencia de la LOT de 1997, ni bajo la actual LOTTT han tenido una forma de contratación especial distinta al contrato a tiempo determinado, el cual es perfectamente aplicable al caso particular de esta categoría de trabajadores. Reiteramos que en el caso de los trabajadores temporeros éstos podían contratarse a tiempo indeterminado o a tiempo determinado.

Los contratos a tiempo determinado sólo podrán celebrarse ante la existencia de alguna de las causales previstas en la Ley. Así, señala el artículo 64 de la LOTTT que el contrato a tiempo determinado, podrá celebrarse únicamente cuando: a) lo exija la naturaleza del servicio, b) para sustituir personal, c) cuando se trate de un trabajador venezolano contratado para laborar en el extranjero, y d) cuando no haya terminado la labor para la cual fue contratado y se siga requiriendo los servicios.

Aplicando los supuestos al caso de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales se desprende que su contratación puede en-

cuadrarse dentro de los supuestos a), c) y d) de la norma referida, con lo cual existe una justificación legal para contratar a tiempo determinado.

Adicionalmente, es preciso señalar que conforme lo dispone el artículo 62 de la LOTTT, el contrato a tiempo determinado expira con la terminación del término convenido. Se prevé igualmente que no podrá prorrogarse más de una (1) vez, salvo que existan causas o razones especiales que lo justifiquen y que excluyan la intención presunta de continuar la relación.

Lo anterior se aplica igualmente para los trabajadores eventuales y ocasionales, cuyo contrato no podría prorrogarse más de una (1) vez salvo que existan razones que lo justifiquen. En todo caso, los contratos de los trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales normalmente no se prorrogan, sino que culminan al terminar la labor encomendada. Si posteriormente es necesario volverlos a contratar para efectuar otra labor se celebra un nuevo contrato.

En este sentido, el artículo 62 de la LOTTT establece una presunción de continuidad laboral cuando se contrate nuevamente a tiempo determinado antes de cumplir tres (3) meses desde el vencimiento del último contrato, salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación. Lo anterior se aplica igualmente a los trabajadores eventuales y ocasionales, donde en principio no serían requeridos antes de cumplirse tres (3) meses desde la terminación del contrato, pues su contratación responde a circunstancias excepcionales.

En todo caso, si son requeridos para laborar antes de cumplirse los tres (3) meses desde el vencimiento del último contrato, la propia naturaleza de los servicios prestados para ejecutar actividades eventuales u ocasionales desvirtúa la presunción de continuidad, toda vez que como hemos visto, se trata de situaciones en las cuales el patrono requiere de trabajos extraordinarios, esporádicos u accidentales que evidencian que la intención de las partes no es la de continuar la relación de trabajo.

En este sentido, consideramos que en el caso de los trabajadores eventuales y ocasionales, la existencia de espacios de tiempo entre un contrato a tiempo determinado y otro no deberán reputarse como suspensiones de la relación de trabajo, pues las partes han tenido la intención real de terminar la relación de trabajo.

Entonces, surge la interrogante sobre cómo conciliar la estabilidad de estos trabajadores prevista en la LOTTT, cuando la esencia del servicio prestado pareciera contravenir la noción de permanencia. En principio pareciera existir una contradicción, no obstante, consideramos que el legislador tenía el propósito de garantizar, al menos durante la ejecución del servicio la estabilidad de los trabajadores contratados por un lapso determinado. De esta forma, mientras dure el contrato, los trabajadores eventuales y ocasionales poseen estabilidad, conforme lo expresado en el numeral 2 del artículo 87 de la LOTTT.

De acuerdo con la tesis sostenida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 699 de la SCS del TSJ de fecha 24 de abril de 2006, caso: *F.M. Darruiz contra Fumigaciones Agrícolas S.A.* lo mismo sucedería con el caso de los trabajadores por temporada que son contratados para prestar servicios en determinadas épocas del año en jornadas continuas y cuya relación de trabajo culmina cada vez que termina la temporada respectiva.

En este sentido, de acuerdo con la referida Sala los trabajadores temporeros, al igual que los trabajadores eventuales u ocasionales son contratados por un espacio de tiempo, el cual, una vez vencido determina la terminación de la relación de trabajo. No existe entre contrato y contrato, o tarea y tarea realizada una suspensión de la relación de trabajo porque dicho supuesto no está contemplado dentro de alguna de las causas de suspensión previstas en el artículo 72 de la LOTTT.

Sobre el particular, no compartimos la tesis sostenida por la Sala, pues consideramos que los trabajadores temporeros deberían ser contratados mediante contratos fijos discontinuos, en donde se asegure la permanencia del trabajador y cuya relación quede suspendida entre cada temporada. Lo anterior no obsta para que en determinadas ocasiones se contrate a tiempo determinado a un trabajador temporero cuando realmente las partes sólo tengan la intención de vincularse por un determinado lapso.

## VI. DE LOS BENEFICIOS DE LOS TRABAJADORES TEMPOREROS EVENTUALES Y OCASIONALES

Los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales gozarán de los mismos beneficios laborales previstos para los trabajadores permanentes, con la particularidad que se calcularán de acuerdo con los salarios devengados.

Así tenemos, que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2194 de fecha 1 de noviembre de 2007, caso: *V.H. Espinoza contra Hermanos Papagayo, S.A.* confirma lo señalado por el Tribunal de Instancia que indicó lo siguiente sobre el derecho que tienen los trabajadores eventuales y ocasionales de recibir el pago de los beneficios laborales:

(...) en efecto, la parte demandante laboró para la empresa demandada en el período comprendido entre el 23 de octubre de 1995 y el día 30 de marzo de 1998, tal y como se evidencia en los recibos de pagos que consignaron ambas partes..., sin embargo es de hacer notar que durante ese período de tiempo la parte actora si bien es cierto que laboró en forma continua durante todas las semanas sufriendo una interrupción desde el 31-08-97 al 13-10-1997, el actor no laboró todos los días de dichas semanas, todo lo contrario se observaron períodos de semanas en que el actor laboraba 7 días, 8 días, 5 días, 6 días, 1 día y hasta un número de 2 días, muestra de ello tenemos todos los recibos de pagos consignados tanto por la parte demandante como por la parte demandada, así como los contratos rielados en el presente asunto, lo que evidencia una labor de días discontinuos en la relación de trabajo ejercida por la parte actora. Todo lo anterior señalado, conlleva a esta Superioridad a calificar la naturaleza de la labor prestada por el ciudadano..., como una labor eventual u ocasional para la empresa demandada. Sin embargo, es importante señalar que aun cuando la parte actora prestaba sus servicios de forma ocasional para la empresa demandada, esta condición no exime a la empresa de pagarle al trabajador todos los beneficios derivados de su prestación de servicio, aplicado para ello la cláusula 69 numeral 10 de la Convención Colectiva 2002-2004... (Destacado nuestro).

Con lo cual, los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales recibirán vacaciones fraccionadas y utilidades fraccionadas, entre otros beneficios, en la medida que efectivamente las causen.

En relación con las prestaciones sociales tendrán derecho a los 15 días de garantía por trimestre previstos en el artículo 132 de la LOTTT e incluso al cálculo retroactivo de los 30 días de prestaciones sociales cuando el contrato tenga la duración máxima permitida por la Ley de un (1) año.

Ahora bien, tomando en cuenta las particularidades del trabajador temporero, eventual u ocasional, surgen interrogantes sobre la forma de cálculo de la garantía de prestaciones sociales.

Así tenemos, que un trabajador eventual u ocasional puede prestar servicios continuos por el lapso de un (1) mes, dos (2) meses o más meses hasta un (1) año.

Si el trabajador presta servicios de forma continua, dependiendo de la duración del contrato se aplicará las disposiciones en materia de prestaciones sociales. Así por ejemplo, si el trabajador presta servicios por el lapso de un (1) mes y tres (3) días, surgirá la interrogante sobre si le corresponde al trabajador:

- 1) 5 días por garantía de prestaciones sociales más la fracción de 0,5 días de garantía de prestaciones sociales que le correspondería por haber laborado tres (3) días adicionales (5 días por el primer mes y 0,5 por los 3 días que laboró al segundo mes [ $3 \times 5 / 30$ ]), ó,
- 2) 10 días por garantía de prestaciones sociales (5 días por el primer mes y 5 días por los 3 días adicionales prestados en el segundo mes).

Lo anterior conforme con lo dispuesto en el literal e) del artículo 142 de la LOTTT que no aclara lo que debe entenderse por fracción. La misma interrogante surgirá si el trabajador labora siete (7) meses y doce (12) días, con el agravante que el referido artículo 142 no prevé el supuesto cuando la relación termine después de los tres primeros meses y el último mes no se labore íntegramente.

Hasta la presente fecha la jurisprudencia no ha aclarado las interrogantes referidas. Al respecto, consideramos que posiblemente el Reglamento de la LOTTT interpretará la forma de cálculo de la garantía de prestaciones sociales.

Cabe destacar igualmente que conforme con lo previsto en el numeral 5 del artículo 18 de la LOTTT cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora, por lo que es probable que el Reglamento o la jurisprudencia interpreten las normas de acuerdo a la posición que más favorezca al trabajador.

En todo caso, los patronos podrán continuar contratando trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales bajo la figura de un contrato a tiempo determinado con éstos últimos, pagándoles los beneficios que le correspondan de acuerdo con la LOTTT y asumiendo que poseen estabilidad mientras dure el contrato.

## VII. CONCLUSIONES

1. La LOTTT eliminó la definición de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales previstos en el capítulo de estabilidad de la LOT de 1997 y su exclusión del régimen de estabilidad. Sin embargo, no eliminó la figura jurídica. En este sentido, consideramos que actualmente los patronos podrán continuar contratando trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales a través de contratos a tiempo determinado. En el caso particular de los trabajadores temporeros consideramos que cuando las partes se vinculan sucesivamente por cada temporada deberían ser contratados bajo un contrato indeterminado (fijo discontinuo), durante el cual queda suspendida la relación de trabajo entre cada temporada. No obstante esta tesis no es compartida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia que equipara el contrato del temporero con el contrato a tiempo determinado.
2. La contratación de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales, podrá hacerse a través de un contrato por tiempo determinado por la duración de la labor o la tarea a realizar. En este supuesto, se podrá contratar en diversas oportunidades sin que pueda entenderse que se trata de sucesivas suspensiones de la relación de trabajo ni que el contrato de trabajo se ha convertido en permanente, toda vez que la ley permite que se contrate a tiempo determinado, entre otros supuestos: a) cuando lo exija la naturaleza del servicio, b) para susti-

tuir personal, y, c) cuando no haya terminado la labor para la que fue contratado el trabajador y se siga requiriendo de los servicios, bien sea por el mismo trabajador u otro.

3. En la contratación de los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales debe observarse lo siguiente:
  - i) Que se trate de verdaderos trabajadores temporeros, eventuales u ocasionales. Es decir, que se trate de trabajadores contratados para una temporada para la realización de labores que se repiten cíclicamente en el tiempo en una o varias épocas del año y con ocasión de éstas, ó que se trate de trabajadores contratados para efectuar labores irregulares e imprevisibles, que puede o no tener relación con la actividad ordinaria del ente contratante, pero cuya naturaleza determina la necesidad temporal de la labor ha realizar.
  - ii) Los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales tendrán derecho a todos los beneficios laborales previstos en la legislación por el tiempo de duración del contrato.
  - iii) Los trabajadores temporeros, eventuales y ocasionales estarán sujetos a estabilidad mientras no haya vencido el término del contrato celebrado.
- iv) El lapso máximo de duración del contrato a tiempo determinado es de hasta 1 año y solo podrá prorrogarse 1 vez, salvo que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación. Cuando venza el término del contrato o se interrumpa la prestación de servicio y se celebre un nuevo contrato dentro de los (3) tres meses siguientes se presumirá que las partes se han querido vincular a través de un contrato a tiempo indeterminado, salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación.

# Régimen legal y jurisprudencial del trabajador de dirección en Venezuela

Sergio Rodríguez\*

## RESUMEN:

Este artículo analiza la figura del trabajador de dirección, entendido como aquel que dirige o participa en la dirección o gestión de un proceso productivo, representando al patrono ante otros trabajadores o ante terceros.

## Palabras clave:

Derecho del trabajo, trabajador de dirección, relación laboral.

## Abstract:

This article considers the position of direction workers. Direction workers are understood to be those that direct and participate in the management of a production process. Hence, representing patrons with other workers and with third parties.

## Key words:

Labor Law, labor relations, direction workers.

## TRABAJADOR DE DIRECCIÓN. PREÁMBULO. RÉGIMEN LEGAL

En la compleja relación de trabajo, básicamente existen dos partes bien diferenciadas: por una parte tenemos al patrono, esa persona natural o jurídica que tiene a su cargo a uno o a varios trabajadores y se beneficia de sus servicios por el que paga una remuneración; y por otra parte al trabajador, esa persona natural que ejecuta una actividad por cuenta ajena, bajo subordinación o dependencia, a cambio de una remuneración que le procure una vida digna y decorosa para él y su familia.

---

\* Abogado UCAB. Especialista en Derecho Laboral UCAB. Profesor de la Cátedra de Derecho del Trabajo II UCAB.

En la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras del 2012 (en lo sucesivo LOTT), se define al trabajador dependiente de la siguiente forma:

Artículo 35

Definición de trabajador o trabajadora dependiente

Se entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La prestación de su servicio debe ser remunerado.

Con este concepto se rompe por alguna razón “desconocida” el concepto tradicional dado al sujeto trabajador por la doctrina y otras legislaciones, definido como la persona natural que presta un servicio, *por cuenta ajena*, bajo la dependencia de otra llamado patrono, actividad esta que es remunerada, pues el artículo 35 antes citado suprime el elemento de ajenidad, elemento que denota que esa prestación de servicio por parte del trabajador no es aprovechada por él mismo, sino que los frutos obtenidos y los medios empleados le pertenecen o corresponden al patrono, así como los riesgos de esa actividad son asumidos por este último. En sintonía con la tradicional definición, la Ley del Trabajo recientemente derogada de 1997 (en lo sucesivo LOT) señalaba: **Artículo 39.** *Se entiende por trabajador la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra. La prestación de sus servicios debe ser remunerada.*

La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, de la siguiente manera:

Dicha norma enumera los caracteres que reunidos configuran la figura del trabajador. Dicho precepto legal define al trabajador, en primer lugar como una persona natural, condición ésta derivada del carácter personal que debe tener la prestación de servicios; asimismo señala que la labor debe ser prestada por cuenta ajena, es decir que, la actividad realizada debe serlo para otro, los resultados obtenidos del trabajo son cedidos al empleador de modo originario y los riesgos deben ser asumidos por éste; también puntualiza que el servicio debe ser ejecutado bajo subordinación o dependencia, lo que implica que el trabajador debe someterse a las órdenes y directrices que trace el empleador para el desenvolvimiento de su actividad laboral; por último, dispone dicho artículo que la prestación de servicios debe ser remunerada, lo que quiere decir, que ésta debe ser correspondida por

una contraprestación de contenido económico”<sup>1</sup>.

Pero esa es una discusión que en otro análisis se profundizará.

Por lo antes expuesto, podemos señalar que toda persona que preste un servicio personal en el proceso social de trabajo, bajo dependencia de un patrono, y percibiendo por ello una remuneración, será considerado trabajador. Esta es la regla general.

Ahora bien, en toda estructura organizativa, existen quienes ejecutan una actividad y quienes dirigen, y todos son trabajadores, pero un grupo de esa masa de trabajadores son los que han sido designados por el patrono para llevar a cabo una estrategia de organización y dirección en cualquier empresa.

Los que están llamados a dirigir o participar en la dirección o gestión de un proceso productivo, representando al patrono ante otros trabajadores o ante terceros, son denominados Trabajadores de Dirección.

El Abogado José Manuel Arraiz Cabrices señaló:

Ninguna de las versiones y reformas de la Ley del Trabajo (1936, 1945, 1947, 1966, 1974, 1975 y 1983) incluyó una definición de los trabajadores de dirección y de confianza, aunque se previó la posibilidad de exceptuarlos de los beneficios de la convención colectiva y los excluyó de los límites ordinarios de duración de la jornada de trabajo.

(...)

Efectivamente, el Reglamento de 1973 requería varias condiciones para considerar que un empleado ejercía funciones de dirección: Que tuviera el carácter de representante general del empleador frente a otros trabajadores o terceros; que pudiera sustituirlo en todo o en parte de sus funciones de administración, comprometiendo la responsabilidad de aquél; y que de su actividad y alto grado de responsabilidad dependiera el buen resultado de los trabajos (Artículo 15 RLT).

(...)

Acosta (Acosta, Sabas, 1976, Ley contra Despidos Injustificados: Estudio analítico de sus más importantes disposiciones. Ediciones Magón, Venezuela, Caracas, pp. 86-88) se refirió a los trabajadores de dirección, de confianza y de inspección en forma global o conjunta, como

---

1 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 03/08/2006. Ponente: Alfonso Valbuena Cordero. JESÚS MACHADO MONTIEL contra ESTIRENO DEL ZULIA, C.A.200

aquellos que por ejercer las más altas funciones dentro de la empresa, están tan íntimamente ligados a los intereses de ésta, que de ellos depende, en gran medida, la buena marcha de la gestión diaria de esas organizaciones mercantiles y remite, para la definición del empleado de dirección y del trabajador de confianza a los artículos 15 y 17 del Reglamento de la Ley del trabajo”<sup>2</sup>.

La LOTTT los define en su artículo 37:

#### Artículo 37

Trabajador o trabajadora de dirección

Se entiende por trabajador o trabajadora de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros, y puede sustituirlos o sustituirlos, en todo o en parte, en sus funciones.

Respecto a la redacción del artículo 42 de la LOT ya derogada no hubo mayores cambios, mas que en los términos de Empleado por Trabajador, y el de Empresa por Entidad de Trabajo. En cuanto a los términos de Empleado así como el término de Obrero, que fueron unificados por el término Trabajador, pareciera que la razón de la sustitución es acabar definitivamente con la diferenciación entre los términos empleados y obreros, unificándose en un mismo vocablo que no apareje diferencia alguna: Trabajador. Por los momentos, lo que nos interesa es la definición legal del Trabajador de Dirección en la nueva LOTTT.

El Trabajador de Dirección es, en primer lugar, un trabajador subordinado, claro está, al dueño de la empresa o el órgano superior de la misma, pero trabajador al fin, que tiene como función, en concordancia con el artículo 37 antes citado, intervenir en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros, y puede sustituirlo o sustituirlos, en todo o en parte, en sus funciones. En palabras del profesor Rafael Caldera, es aquel tipo de trabajador que por la importancia de sus funciones y alta envergadura

---

2 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 80.

en el manejo de la empresa, que denota una gran vinculación íntima a la misma, la personifican ante el público y los demás trabajadores.<sup>3</sup>

Nos atrevemos a insistir que el Trabajador de Dirección, ante todo es un trabajador, solo que tiene facultades excepcionales de dirección de la empresa. Y destacar esto, aunque parezca de perogrullo tiene una razón de peso: identificar a ese Trabajador de Dirección en una relación tan íntima con el patrono, que en un momento de detalle estricto veamos que es el patrono mismo, podría llevarnos al territorio de aquellas personas sobre las que pesan las denominadas Altas Direcciones, donde en puridad no es evidente el elemento de la subordinación, y en casos específicos se le ha negado que exista una relación laboral:

De todo lo anteriormente señalado, se constata que ciertamente la demandada logró desvirtuar la presunción de existencia de relación de trabajo que supuestamente existía entre el demandante y la accionada; ello, en razón de que trajo a los autos elementos jurídicos y fácticos que permitieron determinar que el actor en su condición de Presidente de Inverbanco, no estaba sujeto a subordinación alguna, era él y la Junta Directiva, la cual presidía éste también, quienes dirigían la actividad del Banco; era el Presidente del Banco quien realizaba todo tipo de propuestas a la Junta Directiva para su aprobación, aceptación en la cual él también participaba en la decisión; era el Presidente del Banco quien representaba a la demandada, excepto en lo judicial y lo contencioso-administrativo, pero era él y la Junta Directiva quienes designaban a los apoderados del Banco en estos casos.

Existen una serie de elementos de hecho y de derecho que permiten determinar que el actor no estaba bajo la subordinación de un patrono o empleador, en virtud de que todo indica que estaba subordinado, pero a las leyes que rigen la materia bancaria y a los Estatutos de Inverbanco, y subordinado a sus propias decisiones, razón por la cual, al haberse desvirtuado la existencia de una relación laboral que supuestamente existía entre las partes en litigio, los Sentenciadores de la recurrida han interpretado erróneamente el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, produciendo así unas consecuencias que no se ajustan al contenido de dicha norma, puesto que al quedar comprobado que no existía vínculo laboral alguno entre el demandante y la demandada, la pretensión se ha debido declarar sin lugar.

(...)

---

3 Caldera, R. (1960) *Derecho del Trabajo*. Edit. El Ateneo. Pág. 228

En consecuencia, al haber quedado desvirtuado uno de los elementos de la relación de trabajo, como lo es la subordinación, la demanda por cobro de prestaciones sociales propuesta por el ciudadano Román García Machado contra el Banco Hipotecario de Inversión Turística de Venezuela *Inverbanco*, será declarada sin lugar. Así se decide<sup>4</sup>.

Sentencia ésta que ha sido ratificada en otras ocasiones, señalándose lo siguiente:

Del análisis concatenado de los hechos referidos supra, que fueron establecidos por el sentenciador de alzada, con la noción de subordinación, la cual implica la sujeción del trabajador a la potestad jurídica del patrono, es decir, a su poder de dirección, vigilancia y disciplina, debe concluirse, como se hace en la recurrida, que el actor no estaba bajo la subordinación de la empresa demandada, en virtud de que todo indica que sólo se encontraba regulado por los estatutos sociales de la misma y por la Junta Directiva de la cual formaba parte, razón por la cual no se configuró en el accionante la figura de trabajador, puesto que no reunió todos los caracteres que para ello exige el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo, destacando, en todo caso, la forma autónoma en que el demandante realizaba sus funciones en la empresa accionada, así como que éste junto con los demás integrantes de la Junta Directiva, encarnaban al patrono, motivo por el cual debía concluirse, como lo hizo el sentenciador, que no se dieron de manera concurrente los elementos que configuran la figura jurídica del trabajador, en ninguna de sus variantes; en consecuencia, debe considerarse que en la sentencia recurrida fueron aplicados cabalmente los artículos 39 y 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón suficiente para declarar sin lugar la denuncia analizada, así se decide<sup>5</sup>.

En abundancia a lo antes expuesto, agregamos esta sentencia:

Si bien es cierto, es reconocido y así fue determinado en juicio, que el actor desplegaba funciones de Gerente General de la empresa, no es menos cierto que la Alzada, luego del análisis en conjunto de las pruebas aportadas a juicio, determinó que el actor perteneció a la junta directiva de la empresa demandada, representando las llamadas acciones clase B, que demostraban el interés propio del

---

4 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 12/06/2001. Ponente: Omar Alfredo Mora Díaz. ROMÁN GARCÍA MACHADO contra BANCO HIPOTECARIO DE INVERSIÓN TURÍSTICA DE VENEZUELA, C.A. "INVERBANCO".

5 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 03/08/2006. Ponente: Alfonso Valbuena Cordero. JESÚS MACHADO MONTIEL contra ESTIRENO DEL ZULIA, C.A.

actor al desempeñar su cargo. Es decir, que concluye la Alzada que el demandante, no tenía carácter de trabajador dependiente, por el contrario es considerado accionista de la empresa, por lo que, la relación discutida no reviste carácter laboral.

En este sentido, analizadas las conclusiones a la que llega la Alzada, mal puede ésta aplicar lo estipulado en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, referente a lo que se entiende por empleado de dirección, amparado por la Ley Orgánica del Trabajo. Así se decide.

Ahora bien, considera necesario esta Sala, resaltar en esta oportunidad el efecto de uno de los principios fundamentales que rige el Proceso Laboral Venezolano, tal y como lo es, el principio de la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias.

Resulta común, en la práctica, la simulación de las relaciones de trabajo enmarcadas en una relación de naturaleza mercantil o de otra índole, siendo tarea de los aplicadores del derecho, buscar la verdad y determinar la naturaleza exacta de la relación discutida, evidenciando la realidad de los hechos sobre las formas o apariencias de estos.

Ahora bien, ello no sólo puede ocurrir para esclarecer que la relación que se discute no es de la naturaleza que aparenta (mercantil o de cualquier otra índole) sino por el contrario, para determinar que la relación objeto de discusión, es de una naturaleza distinta a la laboral, que es la que se pretende hacer valer, es decir, también el derecho del trabajo debe brindar seguridad jurídica a aquellos patronos a quienes se les pretende atribuir responsabilidades que en definitiva, no poseen. Por ello, en el caso objeto de estudio, tal y como se evidenció de autos y de los alegatos de las partes en la audiencia oral de casación, el accionante prestaba servicios para la empresa Pequiven, y ésta lo designó como gerente general de la empresa POLINTER (demandada), para cumplir determinadas funciones con tal carácter, por lo que independientemente de que haya sido nombrado por PEQIVEN como Gerente General de la empresa POLINTER, no por ello deben generarse obligaciones laborales para la demandada. Así se decide<sup>6</sup>.

## **ELEMENTOS QUE DEFINEN AL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN**

Los elementos que definen al Trabajador de Dirección son excepcionales y taxativos, autónomos y no concurrentes:

---

6 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 25/10/2007. Ponente: Omar Alfredo Mora Díaz. JORGE LUIS PIRELA LÓPEZ contra POLIOLEFINAS INTERNACIONALES, C.A. (POLINTER)

1. El que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo,
2. El que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros,
3. Y puede sustituirlo o sustituirlas, en todo o en parte, en sus funciones.

Son elementos, como ya se señaló, excepcionales y taxativos. Ahora bien, en cuanto a su autonomía y no concurrencia, ante la duda de si tienen que considerarse todos los elementos al mismo tiempo para poder identificar al Trabajador de Dirección, o si por el contrario puede señalarse a un Trabajador como de Dirección siempre y cuando cumpla con uno de esos elementos, en sentencia del 13 de junio de 1994, el Juzgado Superior Tercero del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas se pronunció:

Se extrae de la norma transcrita (Artículo 42 de la LOT) que basta con que el trabajador esté investido de una de esas facultades, para que se le tenga como “Empleado de Dirección”. En el caso bajo estudio, el trabajador demandante está incurso en los tres supuestos, esto es, interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, representa al patrono ante trabajadores y terceros, y lo sustituye en parte sus funciones...<sup>7</sup>

Esta posición fue asentada por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), como podrá observarse a continuación:

En primer lugar se resolverá lo referido a si la actora es un trabajador de dirección.

El artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte en sus funciones.

El artículo 47 *eiusdem* dispone que la calificación de un trabajador como de dirección, confianza, inspección o vigilancia, dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes o de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono.

De los artículos trascrito se observa que imperará el principio de primacía de la realidad y no la denominación del cargo; y, que hay

---

7 Ramírez & Garay. (1994) *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*. (Edit. Ramírez & Garay, S.A.). Tomo CXXX 1994 Segundo Trimestre. Pág. 138.

tres condiciones a examinar para establecer que un trabajador es un empleado de confianza, a saber, que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono<sup>8</sup>.

Esta otra sentencia ratifica esa posición, es decir, basta con que ese trabajador cumpla con uno de los tres elementos que definen al Trabajador de Dirección, para calificarlo como tal:

En relación con el carácter de la actora en cuanto a si era o no una empleada de dirección, se observa:

La Ley Orgánica del Trabajo establece que un empleado de dirección es aquel que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte en sus funciones -artículo 42-. De este modo, para que un trabajador pueda ser calificado de dirección es necesario que cumpla con una cualquiera de estas tres condiciones, a saber, que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono<sup>9</sup>.

Y más recientemente, el TSJ ha señalado:

Al respecto, el artículo 42 de la Ley Orgánica del trabajo establece “Se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones”.

Se desprende de la norma transcrita que para que un trabajador pueda ser calificado de dirección es necesario que cumpla con una cualquiera de estas tres condiciones, a saber, que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono sin importar la denominación del cargo<sup>10</sup>.

---

8 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

9 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 25/11/2008. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MIRYAN DEL CARMEN MADRIZ DE LUCENA contra CENTRO CLÍNICO LA ISABELICA C.A.

10 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. 20/06/2012. Ponente: Betty Luna Aguilera. ALFREDO JOSÉ MENDOZA contra SOUKI DE GUAYANA, C.A.

En este punto, podemos concluir que la regla general es que toda persona que preste un servicio de manera subordinada a un patrón, en el proceso social trabajo, a cambio de una remuneración, es un trabajador. Ahora bien, si al escudriñar en la naturaleza real de sus funciones ese trabajador está investido y ejecuta alguna de estas especiales facultades, a saber: que intervenga en las decisiones u orientaciones de la empresa; o que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o que pueda sustituir, en todo o en parte, al patrono, podría ser calificado entonces como Trabajador de Dirección.

### **IMPORTANCIA DE LA CALIFICACION COMO TRABAJADOR DE DIRECCION**

En cuanto a la importancia de identificar a un Trabajador como de Dirección, destaca primordialmente que este no goza de la estabilidad que consagra la LOTTT en su artículo 87, que señala:

#### Artículo 87

Trabajadores y trabajadoras amparados por la estabilidad

Estarán amparados y amparadas por la estabilidad prevista en esta Ley:

- 1.- Los trabajadores y trabajadoras a tiempo indeterminado a partir del primer mes de prestación de servicio.
- 2.- Los trabajadores y trabajadoras contratados y contratadas por tiempo determinado, mientras no haya vencido el término del contrato.
- 3.- Los trabajadores y trabajadoras contratados y contratadas para una obra determinada, hasta que haya concluido la totalidad de las tareas a ejecutarse por el trabajador o trabajadora, para las cuales fueron expresamente contratados y contratadas.

*Los trabajadores y las trabajadoras de dirección, no estarán amparados por la estabilidad prevista en esta Ley.*

En consecuencia, el Trabajador de Dirección al ser despedido, por no gozar de estabilidad, no tiene derecho a reclamar la indemnización por despido injustificado, consagrada en la LOTTT.

No obstante, cabe destacar que no procede la indemnización por despido injustificado ni la indemnización sustitutiva del preaviso, contempladas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, no sólo porque el actor no satisfizo la carga de la prueba que le correspondía, al haber negado la accionada que lo hubiese despedido, sino además, y fundamentalmente, porque constituye un hecho no controvertido

que el demandante ocupaba el cargo de Gerente de una sucursal de la empresa demandada, de modo que puede ser calificado como un empleado de dirección conteste con el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone que “se entiende por empleado de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones”; en este sentido, debe reiterar esta Sala que aquellos trabajadores a quienes se les atribuya la categoría de dirección no gozan del régimen de estabilidad laboral de acuerdo con lo establecido en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo, y en consecuencia pueden ser despedidos sin justa causa, sin que se produzcan los efectos patrimoniales establecidos en el artículo 125 eiusdem, referido a las indemnizaciones por despido injustificado y sustitutiva del preaviso, propias de los trabajadores que sí gozan de estabilidad en el trabajo y que han sido despedidos sin causa legal que lo justifique<sup>11</sup>.

Igualmente es importante resaltar que el Trabajador de Dirección no estará sometido a los límites establecidos para la jornada diaria o semanal de trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 de la LOTT:

#### Artículo 175

##### Horarios especiales o convenidos

No estarán sometidos a los límites establecidos para la jornada diaria o semanal de trabajo:

##### 1.- Los trabajadores o trabajadoras de dirección.

2.- Los trabajadores o trabajadoras de inspección o de vigilancia cuando su labor no requiera de un esfuerzo continuo.

3.- Los trabajadores o trabajadoras que desempeñan labores que requieran la sola presencia, o con labores discontinuas o intermitentes que implican largos períodos de inacción durante el cual el trabajador o trabajadora no despliega actividad material, ni atención sostenida pero debe permanecer en su puesto de trabajo para responder a llamadas eventuales.

4.- Los horarios establecidos por convención colectiva entre patronos o patronas y los trabajadores o trabajadoras.

En estos casos los horarios podrán excederse de los límites establecidos para la jornada diaria ó semanal, con la condición de que la jornada diaria no exceda de once horas diarias de trabajo y que el total de horas

11 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 05/12/2008. Ponente: Luis E. Franceschi. FRANCISCO GUERRERO FLORES contra ITALCAMBIO, C.A.

trabajadas en un período de ocho semanas no exceda en promedio de cuarenta horas por semana y que el trabajador disfrute de dos días de descanso continuos y remunerados cada semana.

Incluso, podemos señalar que a la fecha, tampoco están protegidos por la prórroga del Decreto del Ejecutivo Nacional N° 8.732 publicado en la Gaceta Oficial Ordinaria N° 39.828, del lunes 26 de diciembre de 2011, mediante el cual se establece la inamovilidad laboral especial dictada a favor de las trabajadoras y los trabajadores del sector privado y del sector público regidos por la Ley Orgánica del Trabajo (vigente hasta el 31 de diciembre de 2012), que expresamente no ampara a los Trabajadores de Dirección.

Cabe destacar que el Trabajador de Dirección, a pesar de ser trabajador, por su estrecha vinculación con el patrono no podrá formar parte de un sindicato de trabajadores, tal como lo consagra el artículo 366 de la LOTTT:

Artículo 366

Principio de pureza

No podrá constituirse una organización sindical que pretenda representar, conjuntamente, los intereses de trabajadores y trabajadoras y de patronos y patronas, ni que tenga afiliados indistintamente a patronos y patronas y a trabajadores y trabajadoras. Los trabajadores y trabajadoras de dirección no podrán constituir sindicatos de trabajadores y trabajadoras o afiliarse a éstos.

Por ello, insistimos una y otra vez, que esa calificación como Trabajador de Dirección es excepcional, pues más que la denominación que se le dé a un cargo, lo importante para identificar a un Trabajador de Dirección es la realidad de las funciones que ejerce, pues de otro modo se podría incurrir en el gravísimo error de señalar a cualquier Trabajador como de Dirección, y pretender, por ejemplo, dejar a cualquier Trabajador fuera de la protección de la legislación laboral, lo que constituiría un fraude a la ley. El artículo 39 de la LOTTT así lo refleja:

Artículo 39

Primacía de la realidad en calificación de cargos

La calificación de un trabajador o trabajadora como de dirección o de inspección, dependerá de la naturaleza real de las labores que ejecuta, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes, de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono o la

patrona o de la que señalen los recibos de pago y contratos de trabajo. En caso de controversia en la calificación de un cargo, corresponderá a la Inspectoría del Trabajo o a la Jurisdicción Laboral, según sea el caso, determinar la calificación que corresponda.

Y el punto definitivo en su interpretación lo ha establecido el TSJ así:

Las reflexiones antes expuestas, adquieren pleno asidero, conforme al principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, por cuanto no puede pretenderse que un trabajador decline a ciertos beneficios que son excluidos por la legislación laboral para los empleados de dirección y trabajadores de confianza, por el sólo hecho de que así se haya acordado al vincularse jurídicamente con el patrono, o por la calificación que se le diere al puesto de trabajo o cargo del trabajador, cuando en realidad dicho trabajador por las funciones que ejerce no ostenta tal condición. Así se establece<sup>12</sup>.

Por último, el Trabajador de Dirección, por detentar la representación del patrono o empleador, puede ser sancionado penalmente, en caso de culpa en la ocurrencia de un accidente o enfermedad ocupacional como consecuencia de la violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 131 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo

## **CALIFICACION DE UN TRABAJADOR COMO DE DIRECCIÓN**

Esta calificación no es una cuestión de derecho, lo importante no es la formalidad de la investidura de un Trabajador como de Dirección, sino que es una situación de hecho, tal como ha señalado el TSJ: “Ha quedado suficientemente claro para esta Sala, el que la valoración para calificar a un trabajador como de dirección o confianza, **es una situación estrictamente de hecho**, orientado por el principio de la primacía de los hechos...”<sup>13</sup>

12 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. Nº 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

13 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. Nº 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

Y este es el principio orientador, la primacía de los hechos o de la realidad sobre las formas o apariencias, consagrada en clave constitucional en el artículo 89.1 y en clave legal en los artículos 18.3 y 22. El TSJ ha sido muy enfático al respecto. Una de las sentencias mas citadas cuando se ha tratado este tema, lo que la ha hecho pacífica y reiterada, es el famoso caso **JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO** contra **I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.**, que señaló:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, empleado de dirección es aquel trabajador que interviene en la toma de decisiones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a terceros o frente a otros trabajadores y puede sustituirlo en todo o en parte de sus funciones.

La definición de empleado de dirección contenida en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo es de naturaleza genérica y los criterios en ella mencionados son meramente orientadores para determinar cuáles trabajadores están incluidos en dicha categoría, dependiendo siempre, la calificación de un empleado como de dirección de la naturaleza real de los servicios prestados, antes que de la denominación que acuerden las partes para el cargo ocupado o que unilateralmente imponga el empleador. Ello en aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y de primacía del contrato realidad, contenidos en los artículos 3 y 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, respectivamente<sup>14</sup>.

Este es el elemento importante, atendiendo al Principio de la Primacía de la Realidad, debemos descender en cada caso a escudriñar en la naturaleza real de los servicios prestados por un trabajador para calificarlo como de Dirección o no. No depende esta calificación del simple señalamiento que se haga de manera formal, sea convencional o unilateral, como en los estatutos de una compañía, o en una descripción de cargos que muestre en papel cuales son las características de un puesto, o en un contrato de trabajo individual, o en una convención colectiva, sino que es necesario atender a la actividad que lleva a cabo en la realidad la persona natural que presta el servicio, tal como lo señala el artículo 39 de la LOTTT y las sentencias del TSJ.

---

14 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. **JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO** contra **I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.**

Ha quedado suficientemente claro para esta Sala, el que la valoración para calificar a un trabajador como de dirección o confianza, es una situación estrictamente de hecho, orientado por el principio de la primacía de los hechos; por lo cual, no puede una convención colectiva de trabajo estipular, conforme al cargo que nominativamente desempeñe un trabajador, su exclusión del ámbito de aplicación de la misma, bajo el amparo del artículo 509 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>15</sup>.

Y más reciente, la misma Sala de Casación Social ha señalado:

Establecen los artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica de Trabajo, la diferencia que existe entre calificar a un empleado como de dirección o de confianza, y que la denominación del cargo nada indica sobre su categorización, en virtud de que lo importante es la naturaleza de los servicios prestados. Así pues, el alegato de que el actor ostenta la cualidad de empleado de dirección, tenía que ser probado por quien lo alegue, en este caso por la demandada<sup>16</sup>.

Y tan importante es este punto, que considerar a un Trabajador como de Dirección tan solo por el hecho de que convencional o unilateralmente así se decidió sin atender a la naturaleza real de los servicios prestados, configuraría una franca vulneración del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrado en nuestra constitución nacional y en la LOTTT, toda vez que ya señalamos los aspectos negativos de calificar a un Trabajador como de Dirección.

En cuanto al punto en estudio, ya la Sala se pronunció, observando:

La definición de un empleado de dirección contenida en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo es de naturaleza genérica y los criterios en ella mencionados son meramente orientadores para determinar cuáles trabajadores están incluidos en dicha categoría, dependiendo siempre, la calificación de un empleado como de dirección de la naturaleza real de los servicios prestados, antes que de la denominación que acuerden las partes para el cargo ocupado o que unilateralmente imponga el empleador". (Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 18 de Diciembre de 2000).

---

15 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. Nº 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

16 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. 28/10/2010. Ponente: Omar Alfredo Mora. ADOLFO COSME MÉNDEZ BERMÚDEZ contra LAGO INDUSTRIES, C.A.

Las reflexiones antes expuestas, adquieren pleno asidero, conforme al principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, por cuanto no puede pretenderse que un trabajador decline a ciertos beneficios que son excluidos por la legislación laboral para los empleados de dirección y trabajadores de confianza, por el sólo hecho de que así se haya acordado al vincularse jurídicamente con el patrono, o por la calificación que se le diere al puesto de trabajo o cargo del trabajador, cuando en realidad dicho trabajador por las funciones que ejerce no ostenta tal condición. Así se establece<sup>17</sup>.

Lo antes expuesto, hace más evidente su carácter excepcional:

Expuesto el carácter excepcional de la condición de empleado de dirección respecto del resto de los trabajadores de una empresa, así como las características propias de este tipo de relación laboral, debe concluirse que existe una presunción iuris tantum que todo trabajador está vinculado con su patrono mediante una relación de trabajo ordinaria, y ante el alegato de que se trata de un empleado de dirección, resulta indispensable probar que de conformidad con la naturaleza de las funciones ejercidas, se dan los caracteres de la excepción.<sup>18</sup>

Al momento de identificar a un Trabajador de Dirección, y analizar cada uno de los elementos que lo caracterizan, igualmente no podemos ser tan amplios en este ejercicio. Al respecto, acota Arraiz Cabrices:

Según Mille, para identificar si un cargo es de dirección o de confianza, “no son determinantes la cuantía del sueldo o salario, ni la flexibilidad en el horario o importancia derivada del nombre del cargo”; y agrega que “parecen tener más peso, de acuerdo con la jurisprudencia nacional, aspectos como la firma de correspondencia aceptando compromisos; la facultad de ordenar o aprobar ingresos y despidos, aumentos salariales, cotizaciones y órdenes de compra; vacaciones, permisos remunerados, horas extras, etc.”, así lo había expresado el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo del Estado Táchira, en sentencia de fecha 15 de octubre de 1961.

El análisis de estas disposiciones obliga a comparar factores como la jerarquía (nivel o grado del cargo en la organización), la autoridad (nivel de mando y decisión) y la autonomía o independencia en el ejercicio o cumplimiento de las funciones propias del cargo.

---

17 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

18 Idem

La Comisión Tripartita Laboral Segunda de Segunda Instancia del Distrito Federal y Estado Miranda, en la Resolución N° 81, de fecha 3 de agosto de 1982 estableció que “facultades como las de: seleccionar, contratar o ingresar personal a la empresa, asignandoles cargos y remuneración, hacer nombramientos de gerente de grupos, autorizar transferencias de personal, autorizar bonificaciones económicas fuera del salario básico de un trabajador, conceder aumentos de salarios [...] ordenar la reducción de un gasto de la empresa, autorizar la concesión de prestamos, autorizar la concesión de vacaciones al personal de la empresa, decidir sobre el monto de un premio, poder decidir sobre el número de ventas que podían realizarse en una determinada localidad [...] manejar el dinero de la empresa y autorizar a otra persona para que proceda a su manejo, poder revocar una decisión tomada por otra persona [...] y otras señaladas en el escrito de la reclamada, constituyen entre otras facultades que caracterizan a un empleado de dirección...”<sup>19</sup>

No toda actividad que lleve a cabo este Trabajador puede subsumirse en cualquiera de los tres elementos que lo definen como de Dirección, es decir, no es definitorio cualquier decisión que tome el trabajador; o cualquier actividad que apunte a que tenga el carácter de representante del patrono ante otros trabajadores o terceros; o cualquier sustitución, en todo o en parte que en algún momento pueda hacer el trabajador del patrono. Estos elementos deben ser interpretados de manera más estricta, y en este sentido han sido tratados por el TSJ de la siguiente manera:

Así, pues, los empleados de dirección conforman una categoría que no disfruta de algunos beneficios que si son percibidos por la mayor parte de los trabajadores, y visto que uno de los principios que informa la Ley Orgánica del Trabajo vigente es el de proporcionar estabilidad al mayor número de trabajadores, debe considerarse que la condición de empleado de dirección es de carácter excepcional y por tanto restringida; en este sentido, la noción de empleado de dirección es aplicable únicamente a los altos ejecutivos o gerentes de las empresas, que participan en lo que se conoce como “las grandes decisiones”, es decir, en la planificación de la estrategia de producción, en la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, en la representación de la empresa y en la realización de actos de disposición de su patrimonio.

---

19 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 82-83.

Cuando el legislador se refiere a esta categoría de empleados, indicando que son aquellos que intervienen en la dirección de la empresa, no pretende que sea considerado como empleado de dirección cualquier trabajador que de alguna manera tome o transmita decisiones, pues en el proceso productivo de una empresa gran número de personas intervienen diariamente en la toma de decisiones, muchas de ellas rutinarias y considerar a todo el que tome una resolución o transmite una orden previamente determinada como empleado de dirección llevaría al absurdo de calificar a la gran mayoría de los trabajadores como empleados de dirección, obviando el carácter restringido de tal categoría de trabajadores. Son empleados de dirección sólo quienes intervienen directamente en la toma de decisiones, que determinan el rumbo de la empresa y que pueden representarla u obligarla frente a los demás trabajadores.

Es evidente que por la intervención decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de su fines de producción, los empleados de dirección se encuentran de tal manera ligados a la figura del empleador, que llegan a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de voluntad.

Para que un trabajador pueda ser calificado como empleado de dirección, debe quedar claro que éste participa en la toma de decisiones y no sólo ejecuta y realiza los actos administrativos necesarios para cumplir con las órdenes, objetivos y políticas que han sido determinadas previamente por el patrono y los verdaderos empleados de dirección.

Cuando el empleado de dirección representa al patrono frente a terceros o frente a los demás trabajadores, debe entenderse que tal acto de representación es resultado de las apreciaciones y decisiones que él ha tomado o en cuya toma participó, y no que actúa como un mero mandatario; pues, si bien la condición de empleado de dirección implica un mandato del patrono, aún tácito, no necesariamente todo mandato implica que detrás del mismo subyace la condición de empleado de dirección.

Toda vez que el empleado de dirección ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, estos poderes deben ser ejercitados con autonomía y responsabilidad, sólo estando limitados por las instrucciones y criterios emanados directamente del dueño de la empresa o de su supremo órgano de gobierno; por tal razón es que, aún no siendo muy precisa su

redacción, no resulta errada la apreciación del juez de la recurrida cuando expresa que de haber sido el accionante empleado de dirección “habría sometido a la empresa a normas procedimientos y controles disciplinarios y no viceversa como efectivamente ocurrió”<sup>20</sup>.

No cabe mayor interpretación, ya el TSJ a través de la Sala especializada, la de Casación Social, se ha encargado de hacerlo. Recientemente, el TSJ ratificando la sentencia IBM y lo que ya hemos señalado, acotó que mas allá de la simple denominación de un cargo, lo importante para calificar a un Trabajador como de Dirección es la naturaleza real de las funciones que ejerce, por tanto debe demostrarse ese carácter excepcional que lo inviste como de Dirección:

“De la jurisprudencia transcrita supra, se colige que, para la calificación de un trabajador como empleado de dirección deben adminicularse las funciones, actividades y atribuciones que legalmente definen al mismo, con las que efectivamente el trabajador desarrolla, independientemente de la denominación del cargo o puesto de trabajo, toda vez, que será en definitiva la naturaleza real del servicio prestado, lo que determine la condición de dichos trabajadores y no la calificación que convencional o unilateralmente se le confiera; ello, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, contenido en el artículo 89 constitucional.

De lo expuesto, se colige que para calificar a un trabajador como empleado de dirección es necesario alegar y demostrar oportunamente que cumple una serie de actividades, en nombre y representación del patrono, que derivan en que se confunda con éste, sustituyéndolo en todo o en parte ante terceros y subalternos, no bastando para concluir en tal calificación que la denominación del cargo sea gerencial”<sup>21</sup>.

---

20 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

21 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. 14/05/2012. Ponente: Carmen Zuleta de Merchan. Solicitud de Revisión. MARÍA SAN JUAN BAPTISTA BETANCOURT contra Mercados de Alimentos, C.A. (MERCAL)

## **TOMA DE DECISIONES U ORIENTACIONES DE LA ENTIDAD DE TRABAJO - LAS "GRANDES DECISIONES"**

En primer lugar, debemos iniciar el análisis para definir al Trabajador de Dirección señalando cuales son los designados para tomar las "grandes decisiones", es decir, aquellos que, como bien lo ha definido el TSJ, se encargan de *"la planificación de la estrategia de producción, en la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, en la representación de la empresa y en la realización de actos de disposición de su patrimonio"*<sup>22</sup>. Este término de "grandes decisiones" que ha impuesto el TSJ en la definición no es cualquier decisión, sino que es de tal magnitud que se puede decir que esas decisiones son directrices que dictan estos trabajadores o participan en la misma, que determinan la vida y desarrollo de la empresa, y son tan fundamentales que no están sometidas a otras direcciones o lineamientos de instancias superiores. En este sentido, la misma sentencia ya mencionada del caso IBM ha establecido:

Quando el legislador se refiere a esta categoría de empleados, indicando que son aquellos que intervienen en la dirección de la empresa, no pretende que sea considerado como empleado de dirección cualquier trabajador que de alguna manera tome o transmita decisiones, pues en el proceso productivo de una empresa gran número de personas intervienen diariamente en la toma de decisiones, muchas de ellas rutinarias y considerar a todo el que tome una resolución o transmite una orden previamente determinada como empleado de dirección llevaría al absurdo de calificar a la gran mayoría de los trabajadores como empleados de dirección, obviando el carácter restringido de tal categoría de trabajadores. Son empleados de dirección sólo quienes intervienen directamente en la toma de decisiones, que determinan el rumbo de la empresa y que pueden representarla u obligarla frente a los demás trabajadores<sup>23</sup>.

En este mismo sentido, el TSJ ha indicado posteriormente:

---

22 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

23 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

Pues bien, la doctrina ha establecido que para que un empleado sea considerado dentro de la categoría de “trabajador de dirección”, no sólo basta que ostente tal cargo, sino que las funciones no se encuentren sujetas a la dirección de instancias superiores, lo cual se observa de las funciones de la Vicepresidencia Ejecutiva establecidas en el Documento Constitutivo de la demandada, por lo que debe establecerse, que la accionante es una trabajadora de dirección. Así se decide.

Así las cosas, determinado el hecho de que la actora es un trabajador de dirección y por tanto no goza de estabilidad, considera la Sala que no le son aplicables los artículos 125 y 673 de la Ley Orgánica del Trabajo.<sup>24</sup>

Si quisiésemos redactar un test que nos ayude a identificar a un Trabajador de Dirección, analizando el primero de los elementos: *toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo*, queda así entonces consagrado un aspecto importante: el trabajador debe estar facultado para tomar las “grandes decisiones” y no cualquier decisión. Es sabido que en todo proceso productivo y más aún en cada situación de nuestras vidas, toda persona debe tomar todo tipo de decisiones, pero lo relevante es saber señalar cuales son aquellas decisiones “*que determinan el rumbo de la empresa*” para no incurrir en el error de que por un trabajador tomar una decisión quizás de trámite o rutinaria, sea considerado como de Dirección, cuando lo que quizás esconda esa actividad sea el mero cumplimiento de directrices o lineamientos impartidos por sus superiores jerárquicos.

Por otra parte, esa decisión que toma ese trabajador debe ser tan determinante en el rumbo de la empresa, que al tomar la misma ésta se considere como si la hubiese tomado el dueño de la empresa, o que pueda evidenciarse que ha llegado a sustituirlo en su voluntad, de tal manera que así queda desligada cualquier simple decisión que tome el trabajador, de las “grandes decisiones” a las que ya hemos hecho referencia.

Luego, esa decisión no debe ser el resultado del cumplimiento de un mandato o directriz, sino que debe atender a esas decisiones tomadas de manera autónoma, propia de quien la toma por estar facultado a ello, “*debe quedar claro que éste participa en la toma de decisiones y no sólo ejecuta y realiza los actos administrativos necesarios para cumplir con las órdenes, objetivos y políticas que han sido determinadas previamente por*

---

24 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. 06/03/2008. Ponente: Juan Rafael Perdomo. NORKA CECILIA ARELLANO DE ANGELICO contra COMPAÑÍA ANÓNIMA DE ADMINISTRACIÓN Y FOMENTO ELÉCTRICO (CADAFE)

*el patrono y los verdaderos empleados de dirección*<sup>25</sup>, es decir, su influencia debe ser tal que actuando con responsabilidad, sus decisiones deben estar únicamente limitadas por lo que ya previamente ha establecido el dueño de la empresa o su supremo órgano de gobierno:

Toda vez que el empleado de dirección ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, estos poderes deben ser ejercitados con autonomía y responsabilidad, sólo estando limitados por las instrucciones y criterios emanados directamente del dueño de la empresa o de su supremo órgano de gobierno; por tal razón es que, aún no siendo muy precisa su redacción, no resulta errada la apreciación del juez de la recurrida cuando expresa que de haber sido el accionante empleado de dirección “habría sometido a la empresa a normas procedimientos y controles disciplinarios y no viceversa como efectivamente ocurrió<sup>26</sup>.”

En refuerzo de lo antes señalado, el TSJ ha establecido:

Así las cosas, advierte esta Sala que resultó un hecho no controvertido por las partes que a lo largo del vínculo laboral la trabajadora Ana de Dios Carreño Salcedo, se desempeñó en los cargos de Coordinadora de Sistemas, Gerente de Operaciones y Gerente de Importaciones de la empresa mercantil Paragón, C.A., por lo que ejecutó las decisiones de la empresa; empero, no observa la Sala de las documentales valoradas ut supra que la trabajadora haya participado en la toma de “las grandes decisiones” que comprometían la administración y patrimonio de la demandada, puesto que la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, la aprobación o revocatoria de beneficios socioeconómicos para los trabajadores y la representación de la empresa ante terceros, recaía en la Junta Directiva de la sociedad mercantil Paragon, C.A., de la cual no formó parte la ciudadana Ana de Dios Carreño Salcedo, por tanto, colige esta Sala que de conformidad con el artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, la naturaleza del cargo de la trabajadora es de confianza. Así se establece<sup>27</sup>.

---

25 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sent. N° 294. 13/11/2001. Ponente Omar Alfredo Mora. JUAN CARLOS HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ contra FOSTER WHEELER CARIBE CORPORATION, C.A., y PDVSA PETRÓLEO y GAS, S.A.

26 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social Accidental. Sent. N° 542. 18/12/2000. Ponente: Juan Rafael Perdomo. JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

27 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 05/08/2011. Ponente: Carmen Elvigia Porras. ANA DE DIOS CARREÑO SALCEDO contra PARAGON, C.A.

Tan es importante que las decisiones que tome el Trabajador de Dirección sean determinantes, relevantes, para el proceso productivo o administrativo de la empresa, que el TSJ ha insistido en ello al analizar caso por caso:

En el caso concreto, respecto a la intervención en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, quedó demostrado que la actora desempeñaba el cargo de Consultora Jurídica, que su función era coordinar la actividad de asesoría jurídica de la empresa y la relacionada con la representación en procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los que sea parte la empresa; y, que las decisiones eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; por lo cual considera la Sala que aunque se probó que la actora era firma autorizada tipo “B” en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, esto no desvirtúa que las decisiones sobre el rumbo de la empresa eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; y, que la Consultora Jurídica cumplía funciones de asesoría en materia legal, razón por la cual, no está cumplido este requisito.

(omissis)

(...) no quedó demostrado que las actividades de la actora intervinieran en forma decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de su fines de producción, que por su profunda vinculación con la figura del empleador, pudiera llegar a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de su voluntad, razón por la cual, tampoco se cumple con este requisito<sup>28</sup>.

Concluimos con la opinión del autor Arraiz Cabrices señalando al respecto, que “...el empleado de dirección interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la organización con suprema relevancia o importancia; sus opiniones son determinantes en el giro del negocio. Sus atribuciones van más allá de la simple administración, hasta actos de disposición para el desarrollo de la actividad a la que se dedica la organización laboral<sup>29</sup>”.

---

28 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

29 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 86

## **CARÁCTER DE REPRESENTANTE DEL PATRONO O PATRONA FRENTE A OTROS TRABAJADORES, TRABAJADORAS O TERCEROS**

En la definición dada por la LOTTT en el artículo 37 sobre el Trabajador de Dirección, señala, entre otras cosas, que este Trabajador es aquel que *“tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros”*

La mención que este artículo hace sobre que el Trabajador de Dirección tiene el carácter de Representante del Patrono ha llevado a que se le confunda con la definición que en la misma LOTTT consagra el artículo 41 sobre el Representante del Patrono:

### **Artículo 41**

#### **Representante del patrono o de la patrona**

A los efectos de esta Ley, se considera representante del patrono o de la patrona toda persona natural que en nombre y por cuenta de éste ejerza funciones jerárquicas de dirección o administración o que lo represente ante terceros o terceras.

Los directores, directoras, gerentes, administradores, administradoras, jefes o jefas de relaciones industriales, jefes o jefas de personal, capitanes o capitanas de buques o aeronaves, liquidadores, liquidadoras, depositarios, depositarias y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración se considerarán representantes del patrono o de la patrona aunque no tengan poder de representación, y obligarán a su representado o representada para todos los fines derivados de la relación de trabajo.

¿Se refiere al mismo Representante del Patrono el que menciona el artículo 37 y el que define el artículo 41?

Debemos precisar lo siguiente: la mención que hace el artículo 37 al definir al Trabajador de Dirección es a la representación que hace ese trabajador del propio dueño de la empresa, es la personificación del patrono. En la tan citada sentencia IBM, se estableció lo siguiente:

Cuando el empleado de dirección representa al patrono frente a terceros o frente a los demás trabajadores, debe entenderse que tal acto de representación es resultado de las apreciaciones y decisiones que él ha tomado o en cuya toma participó, y no que actúa como un mero mandatario; pues, si bien la condición de empleado de dirección implica un mandato del patrono, aún tácito, no necesariamente todo mandato implica que detrás del mismo subyace la condición de empleado de dirección.

En cambio, la definición del representante del patrono del artículo 41 LOTTT y este mismo extracto de la sentencia IBM nos permite distinguir dos características de este, para diferenciarlo de la mención de representante del patrono del artículo 37:

1. Este representante del patrono del artículo 41 es aquel que ha sido designado así, objeto de una organización jerárquica y la correspondiente asignación de ciertas funciones delegadas de dirección o administración en un centro de trabajo, y que comúnmente se le da el nombre de: directores, gerentes, administradores, jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buques o aeronaves, liquidadores, depositarios; o que sin habérsele conferido esos cargos, tienen un poder de representación para tales fines. En definitiva, son representantes del patrono porque jerárquicamente sus funciones vienen a ser el resultado de las ejecuciones de directrices o mandatos de dirección o administración dados por los verdaderos Trabajadores de Dirección. Estos por ejemplo, en una organización, viene a ser la gerencia media o mandatarios en una empresa.
2. Que el artículo 41 señale que el Representante del Patrono será toda persona a quien se le designe como directores, gerentes, administradores, jefes de relaciones industriales, jefes de personal, capitanes de buques o aeronaves, liquidadores y depositarios, es contrario a lo que hasta el momento hemos dejado establecido, que lo importante es la realidad de las funciones que lleve a cabo el trabajador y no la forma como se le denomine.
3. Un tercer aspecto, de lógica elemental, es lo que podríamos catalogar como de interpretación del espíritu del legislador, que de haber pensado en señalar que ambas figuras son una misma, no parece racional entonces que los hubiese puesto en artículos diferentes.
4. Pretendiendo hacer una especie de regla para diferenciar las 2 figuras, podemos señalar que todo Trabajador de Dirección debidamente así calificado es un representante del patrono, pero no todo Representante del Patrono de los que señala el artículo 41 LOTTT es un Trabajador de Dirección.

Por tanto, consideramos salvo mejor opinión que no debe confundirse el Representante del Patrono que menciona el artículo 37 de la LOTTT con el que define el artículo 41 de la misma ley. Si bien las

facultades de dirección van unidas indisolublemente a la representación, no todo representante del patrono es trabajador de dirección, pues uno se refiere al trabajador que detenta la personificación del mismo patrono o a quien lo sustituye en todo o en parte, en cambio el otro responde a la forma de organización que ha adoptado un patrono y las funciones y distribución jerárquica que el patrono ha conferido a algunos trabajadores para la administración de un centro de trabajo. No todo Gerente, Director, Administrador o Jefe, es Trabajador de Dirección, debemos verificar antes de otorgarse esa calificación a un Trabajador la naturaleza real de sus funciones, atribuciones, alcance.

Señala por otra parte el autor Arraiz Cabrices en cuanto a este elemento:

Bajo la definición del Reglamento de 1973, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 21 de enero de 1988, bajo la ponencia de la magistrado Cecilia Sosa, expreso que “[...] es evidente que para el caso del trabajador de dirección la relación de supremacía del trabajador frente a otros trabajadores debe ser de tal magnitud que éste debe erigirse en representante general del patrono [y] poderes frente a otros trabajadores que lo coloquen a un nivel de responsabilidad en los asuntos propios de la empresa. Se observa pues, como respecto a este requisito [...] el previsto para la calificación como trabajador de dirección resulta ser más riguroso; mas, sin embargo, en lo que atañe al trabajador de confianza, si bien no se exige tal rigurosidad, ha establecido la norma como condición para ello, que dicho trabajador ejerza funciones de supervisión frente a los demás trabajadores.<sup>30</sup>

El TSJ al desarrollar este elemento, ha establecido el alcance de esa representación del patrono ante otros trabajadores o ante terceros, por supuesto concordándola con esas grandes decisiones que debe tomar un empleado de dirección:

En tal sentido, se aprecia que el ad quem hizo un análisis y estudio del concepto de empleado de dirección establecido en la doctrina y la jurisprudencia y estableció en cuanto al carácter de empleado

---

30 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. (2009)* TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 86-87.

o no de dirección de la parte actora, que le correspondía a la parte demandada probar ese hecho, por lo que al examinar la controversia expresó que la parte actora “fungía como presidenta, que participaba en las decisiones de la empresa por cuanto pertenecía a la junta directiva, y comprometía a la empresa demandada por cuanto podía suscribir contratos en nombre de la demandada”; por tanto, era una empleada de dirección, excluida de la protección especial del régimen de estabilidad relativa y de los beneficios contractuales, previstos en los artículos 112 y 510 de la Ley Orgánica del Trabajo, por lo que declaró improcedente el pago de la indemnización por despido injustificado establecida en el artículo 125 *eiusdem*.

De lo anterior, se colige que es acertado el criterio de la sentencia impugnada, de calificar a la accionante como “empleada de dirección”, ya que ésta ejercía las más amplias potestades de dirección dentro de la empresa, por ser miembro principal de la Junta Directiva, aunado al hecho de que suscribía contratos en nombre de la accionada con otras sociedades mercantiles, de lo que se deriva que asumía la representación del patrono frente a terceros, lo que quedó demostrado con las pruebas evacuadas en el proceso, en especial de las documentales cursantes en los folios 176 al 216, -Actas de reuniones de la Junta Directiva de Radio Mundial, C.A.-, promovidas por la parte actora, a las que se les dio pleno valor probatorio por haber sido reconocidas por la demandada, de las que se desprende que la demandante pertenecía a la junta directiva de la empresa accionada. Asimismo, se observa que la empresa accionada promovió Contratos de Publicidad cursante a los folios 163 al 166, celebrados por la parte actora en representación de la empresa demandada, a los cuales se les dio valor probatorio y de los que se evidencia que la accionante celebraba contratos con otras empresas y representaba al patrono frente a tercero.

Pues bien, visto que quedó comprobado que la ciudadana Gloria Araujo Pisani intervenía en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, asimismo tenía el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros, sustituyéndolo en sus funciones en algunas ocasiones, por consiguiente las labores que desempeñaba dentro de la empresa se encuentran perfectamente subsumidas en los supuestos contenidos en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo<sup>31</sup>.

---

31 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 22/05/2007. Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa. GLORIA ARAUJO PISANI contra RADIO MUNDIAL, C.A. Ratifica la sentencia 542 del 18/12/2000, ponente: Juan Rafael Perdomo: JOSÉ RAFAEL FERNÁNDEZ ALFONZO contra I.B.M. DE VENEZUELA, S.A.

El TSJ, definiendo los márgenes de este elemento, analizando las funciones de una trabajadora a quien se le pretendía calificar como de Dirección, estableció:

Respecto a la representación del patrono frente a otros trabajadores o terceros, quedó demostrado que la actora tenía un poder especial para otorgar finiquitos de fianzas en representación de la empresa y que tenía firma autorizada tipo "B" en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, pero ello no es suficiente para establecer que los trabajadores o terceros la consideraban una representante del patrono, razón por la cual tampoco se cumple con este requisito<sup>32</sup>.

Se insiste sin ánimo de agotar en el propósito, de que no importa el nombre que tenga el cargo que detente el Trabajador, lo importante es la función que ejerza, y aún más, no importa que el Trabajador pertenezca a la Junta Directiva de una empresa y menos importa que en un documento constitutivo estatutario aparezca señalado un cargo como de Dirección, todo ello nos conduce a hurgar en la realidad de la naturaleza de sus funciones, para poder calificar a ese Trabajador como de Dirección:

El artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que se entiende por trabajador de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, así como el que tiene el carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puede sustituirlo total o parcialmente en sus funciones.

El artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo establece que se entiende por trabajador de confianza aquel cuya labor implica el conocimiento personal de secretos industriales o comerciales del patrono, o su participación en la administración del negocio, o en la supervisión de otros trabajadores.

Dependiendo de la organización de cada empresa, pueden existir distintos niveles de dirección, por lo que no se debe apreciar sólo el documento constitutivo y los estatutos de la sociedad para determinar si un empleado es de dirección sino que, de conformidad con el principio laboral de darle prioridad a la realidad de los hechos (artículos 2° y 9° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo), se deben analizar las funciones que verdaderamente realizó el trabajador.

En el caso concreto, de la apreciación de las pruebas recurrida estableció que la actora en el desempeño de su cargo representaba

---

32 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

a la empresa ante terceros y tenía autorización para el manejo de las cuentas, concluyendo que por esos motivos la misma era una empleada de dirección, aunque no perteneciera a la Junta Directiva.

La recurrida consideró que las decisiones de la actora afectan la dirección de la empresa en materia de administración y finanzas; y, que la misma estaba autorizada para representar y comprometer a la empresa ante terceros, lo cual es coherente con la aplicación y correcta interpretación del artículo 42 de la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual no incurrió en falsa aplicación y error de interpretación de este artículo<sup>33</sup>.

Abundando en el tema, incluso el TSJ llegó a determinar en un caso específico, que una Consultora Jurídica de una empresa no era Trabajador de Dirección:

En el caso concreto, respecto a la intervención en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa, quedó demostrado que la actora desempeñaba el cargo de Consultora Jurídica, que su función era coordinar la actividad de asesoría jurídica de la empresa y la relacionada con la representación en procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los que sea parte la empresa; y, que las decisiones eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; por lo cual considera la Sala que aunque se probó que la actora era firma autorizada tipo "B" en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, esto no desvirtúa que las decisiones sobre el rumbo de la empresa eran tomadas por el Presidente y la Junta Directiva; y, que la Consultora Jurídica cumplía funciones de asesoría en materia legal, razón por la cual, no está cumplido este requisito.

Respecto a la representación del patrono frente a otros trabajadores o terceros, quedó demostrado que la actora tenía un poder especial para otorgar finiquitos de fianzas en representación de la empresa y que tenía firma autorizada tipo "B" en la cuenta del patrono en el Banco Exterior, pero ello no es suficiente para establecer que los trabajadores o terceros la consideraban una representante del patrono, razón por la cual tampoco se cumple con este requisito.

En relación con la sustitución total o parcial del patrono en sus funciones, no quedó demostrado que las actividades de la actora intervinieran en forma decisiva en el resultado económico de la empresa o en el cumplimiento de su fines de producción, que por

---

33 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 18/09/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. IVONNE SONSIRE PARGAS contra HYDRO AGRI VENEZUELA, C.A.

su profunda vinculación con la figura del empleador, pudiera llegar a confundirse con él o a sustituirlo en la expresión de su voluntad, razón por la cual, tampoco se cumple con este requisito.

*Por las razones anteriores, concluye la Sala que la actora no puede ser considerada como un empleado de dirección, pues su actuación es principalmente de asesoría en materia legal, por lo cual no toma decisiones de administración ni de disposición; no representa ni sustituye al patrono; pero no cabe duda de que se trata de un trabajador de confianza que conoce todos los secretos industriales y comerciales de la empresa*<sup>34</sup>.

Es determinante la definición que ha moldeado el TSJ sobre el Trabajador de Dirección, sobre todo viniendo tal opinión de la Sala Constitucional que también ha considerado y ratificado la sentencia IBM de la Sala de Casación Social como sentencia guía o líder, insistiendo en la Primacía de la Realidad sobre las Formas o Apariencias:

En efecto, de la jurisprudencia transcrita supra, se colige que, para la calificación de un trabajador como empleado de dirección deben adminicularse las funciones, actividades y atribuciones que legalmente definen al mismo, con las que efectivamente el trabajador desarrolla, independientemente de la denominación del cargo o puesto de trabajo, toda vez, que será en definitiva la naturaleza real del servicio prestado, lo que determine la condición de dichos trabajadores y no la calificación que convencional o unilateralmente se le confiera; ello, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, contenido en el artículo 89 Constitucional.

De lo expuesto, se colige que para calificar a un trabajador como empleado de dirección es necesario alegar y demostrar oportunamente que cumple una serie de actividades, en nombre y representación del patrono, que derivan en que se confunda con éste, sustituyéndolo en todo o en parte ante terceros y subalternos, no bastando para concluir en tal calificación que la denominación del cargo sea gerencial.

Siendo ello así, estima esta Sala que el fallo impugnado, ciertamente, se apartó sin motivación alguna de la propia jurisprudencia de la Sala de Casación Social al declarar al hoy solicitante de revisión excluido del régimen de estabilidad laboral por el solo hecho de ser gerente, sin trascender a la labor desempeñada por el trabajador y al análisis de las condiciones establecidas en su propia doctrina sobre la

---

34 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 06/11/2007. Ponente: Juan Rafael Perdomo. MARÍA TERESA RANGEL contra PUERTOS DEL LITORAL CENTRAL P.L.C., S.A.

materia, trasgrediendo con tal actuación el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias establecido en el artículo 89 Constitucional<sup>35</sup>.

En refuerzo de lo antes señalado, dejando claro una vez más el TSJ que no importa el nombre que se le asigna a un cargo ocupado por un trabajador para calificarlo de Dirección, sino que lo relevante es la naturaleza real de sus actividades, se ha establecido:

“Así las cosas, advierte esta Sala que resultó un hecho no controvertido por las partes que a lo largo del vínculo laboral la trabajadora Ana de Dios Carreño Salcedo, se desempeñó en los cargos de Coordinadora de Sistemas, Gerente de Operaciones y Gerente de Importaciones de la empresa mercantil Paragón, C.A., por lo que ejecutó las decisiones de la empresa; empero, no observa la Sala de las documentales valoradas ut supra que la trabajadora haya participado en la toma de “las grandes decisiones” que comprometían la administración y patrimonio de la demandada, puesto que la selección, contratación, remuneración o movimiento de personal, la aprobación o revocatoria de beneficios socioeconómicos para los trabajadores y la representación de la empresa ante terceros, recaía en la Junta Directiva de la sociedad mercantil Paragon, C.A., de la cual no formó parte la ciudadana Ana de Dios Carreño Salcedo, por tanto, colige esta Sala que de conformidad con el artículo 45 de la Ley Orgánica del Trabajo, la naturaleza del cargo de la trabajadora es de confianza. Así se establece”<sup>36</sup>.

### **SUSTITUCIÓN DEL PATRONO, EN TODO O EN PARTE, EN SUS FUNCIONES**

Cuando la LOTT se refiere en su artículo 37 que el Trabajador de Dirección es aquel que puede sustituir al patrono en todo o en parte en sus funciones, podemos señalar que esa sustitución es de gran relevancia, a tal punto que llega a confundirse ese trabajador con el patrono mismo.

Indica Arraiz Cabrices citando una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia:

35 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. 17/05/2010. Ponente: Carmen Zuleta de Merchan. Control de Legalidad. HOEGL ANULFO PÉREZ contra ACUMULADORES FULGOR C.A.

36 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 05/08/2011. Ponente: Carmen Elvigia Porras. ANA DE DIOS CARREÑO SALCEDO contra PARAGON, C.A.

Según la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, la sustitución que hace el trabajador de dirección en las actividades inherentes al empleador no tiene que ser total, “sino únicamente en algunas funciones atinentes al cargo que le ha sido confiado” (Sentencia de fecha 5 de diciembre de 1962, GF 38, 2E, p.164)<sup>37</sup>

La tantas veces mencionada sentencia IBM señala:

Toda vez que el empleado de dirección ejerce poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, estos poderes deben ser ejercitados con autonomía y responsabilidad, sólo estando limitados por las instrucciones y criterios emanados directamente del dueño de la empresa o de su supremo órgano de gobierno; por tal razón es que, aún no siendo muy precisa su redacción, no resulta errada la apreciación del juez de la recurrida cuando expresa que de haber sido el accionante empleado de dirección “habría sometido a la empresa a normas procedimientos y controles disciplinarios y no viceversa como efectivamente ocurrió.

Esa sustitución en todo o en parte deben ser de tal relevancia, que aunque una determinada actividad que desempeñe el trabajador parezca determinante para la empresa, no debe ser de simple administración, sino que, más que apariencia, sea realmente de aquellas actividades de envergadura que sin llevarlas a cabo este Trabajador no podría cumplirse con el objeto social de la empresa, más aún, que sin el protagonismo de este trabajador calificado como de Dirección, la empresa pareciese acéfala y sin rumbo.

Ahora, del análisis de la transcripción de la recurrida se infiere como un hecho no controvertido que los servicios prestados por el demandante consistían en el control de toda la flota del grupo Clover, gandolas, camiones, cavas, supervisión y control de cada área de despacho de automóviles bien sea dentro del país como en la frontera, funciones estas que son trámites de administración ordinaria y operativos. Asimismo, se observa que la Alzada estableció que no se demostró que el demandante participara en la toma de decisiones de administración ni de disposición ni que representara o sustituyera al patrono, por lo que determinó que el demandante no era un empleado de dirección<sup>38</sup>.

---

37 Arraiz C. José M. Constitucionalidad de la Exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza del ámbito de la convención colectiva. En: *Sobre el Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. (2009) TSJ. Colección de Estudios Jurídicos. Caracas-Venezuela. Pp. 86-87.

38 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 11/07/2012. Ponente: Juan

**ASPECTOS PROCESALES O ADJETIVOS**

Un patrono que invoque en un proceso la calificación de Trabajador de Dirección a uno de sus subordinados, podríamos atribuírselo a varias razones, entre otras: en primer lugar y creemos que la principal razón es por salvarse de un trabajador con estabilidad, y que por tanto pueda prescindir de sus servicios en cualquier momento; en segundo lugar por la posibilidad del establecimiento de una jornada que exceda del límite legal establecido.

La calificación de un Trabajador como de Dirección, como ya hemos señalado, es una cuestión de hecho, y allí radica su carácter excepcional.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que la carga de la prueba es del patrono o empleador, cuando éste alegue que un trabajador es de dirección, por supuesto en sintonía con lo establecido en el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

Ahora bien, conteste con lo previsto en el artículo 135 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el régimen de distribución de la carga probatoria en materia laboral, se fijará de acuerdo con la forma en la que el accionando dé contestación a la demanda.

La carga de la prueba en lo relativo a si el actor era un trabajador de dirección; que la relación laboral terminó por renuncia; que el vehículo y el chofer eran para funciones de trabajo; la forma de pago de las comisiones por la preventa y las ventas adicionales; y, que los conceptos laborales fueron debidamente pagados, corresponde a la parte demandada, pues afirmó estos hechos en la contestación de la demanda<sup>39</sup>.

Luego, si se pretende la calificación de un trabajador como de dirección, no basta alegarlo, debe probarse los elementos que lo caracterizan:

Dado el carácter excepcional de la condición de empleado de dirección respecto del resto de los trabajadores de una empresa, así como las características propias de este tipo de relación laboral, debe concluirse que existe una presunción iuris tantum que todo trabajador está vinculado con su patrono mediante una relación de trabajo ordinaria,

---

Rafael Perdomo. JORGE FÉLIX NAVAS BATS contra CLOVER INTERNACIONAL, C.A.  
 39 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. 26/03/2007 Ponente: Juan Rafael Perdomo. CARLOS EDUARDO OCHOA TERÁN contra CONTINENTAL TV, C.A., CANAL TV E.A.S.A., S.A. y DISTRIBUIDORA CONTINENTAL, C.A.

y ante el alegato de que se trata de un empleado de dirección, resulta indispensable probar que de conformidad con la naturaleza de las funciones ejercidas, se dan los caracteres de la excepción<sup>40</sup>.

Señalar a un Trabajador como de Dirección implica no solo alegar la calificación y demostrar los caracteres que lo identifican, sino que debe hacerse oportunamente:

De lo expuesto, se colige que para calificar a un trabajador como empleado de dirección es necesario alegar y demostrar oportunamente que cumple una serie de actividades, en nombre y representación del patrono, que derivan en que se confunda con éste, sustituyéndolo en todo o en parte ante terceros y subalternos, no bastando para concluir en tal calificación que la denominación del cargo sea gerencial<sup>41</sup>.

Siendo así, el patrono tendría como oportunidad para ello el primer momento procesal establecido. Si despidió al trabajador calificado como de Dirección, y este trabajador pretende seguir el procedimiento previsto en la legislación laboral por considerar que no es trabajador de Dirección (Arts. 85 al 93 de la LOTTT), el patrono deberá alegar la calificación del trabajador como defensa en la primera oportunidad que tenga (audiencia preliminar), so pena de no poder hacerlo en etapa posterior.

Ahora bien, respecto a la segunda denuncia, el peticionario de revisión señaló que la Sala de Casación Social "...al decidir la sentencia recurrida, que es de ultima (sic) instancia que quedaba 'excluido de la aplicación del proceso de estabilidad' y decidir así sobre un asunto que no fue planteado en la litis, [lo] privó de defender[se] contra ese hecho nuevo y de ser oído oportunamente respecto a las razones que [pudo] haber tenido para considerar[se] objeto de la protección de la estabilidad laborar (sic).

Así las cosas, de la revisión de las copias certificadas que fueron agregadas al expediente, en atención a lo ordenado en la sentencia de esta Sala N° 1000 del 28 de mayo de 2007, se advierte que, tal como lo señaló el peticionario de revisión, en el fallo impugnado se suplieron defensas y argumentos no esgrimidos por la parte demandada, toda

---

40 Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia N° 1975. Ponente: Carmen Elvigia Porras de Roa. FREDERICK PIERRU contra SCHLUMBERGER VENEZUELA, S.A.

41 Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. 17/05/2010. Ponente: Carmen Zuleta de Merchan. **Control de Legalidad.** HOEGL ANULFO PÉREZ contra ACUMULADORES FULGOR C.A.

vez, que Acumuladores Fulgor, C.A., no alegó en el juicio de calificación de despido, ni en el escrito de formalización del control de la legalidad, que el hoy solicitante, ciudadano Hoegl Anulfo Pérez, era un trabajador de dirección, razón por la cual mal podía el fallo impugnado decidir la causa con base en tal argumento, si el mismo no formó parte del contradictorio.

Sobre este aspecto, la Sala observa que, ciertamente, al no formar parte del *thema decidendum* la calificación del trabajador como empleado de dirección, no se le permitió al hoy solicitante desvirtuar tal alegación con argumentos o pruebas que permitieran demostrar lo contrario, vulnerando con ello su derecho a la defensa.

Dentro de este orden de ideas, la Sala advierte que, la calificación de un trabajador como empleado de dirección constituye una defensa que debe ser opuesta por la parte demandada y al no hacerlo en la oportunidad correspondiente, no puede ser suplida de oficio por el juez de la causa, so pena de vulnerar el derecho a la defensa, el debido proceso y el principio de igualdad de las partes, como ocurrió en el presente caso<sup>42</sup>.

Y tal como lo deja asentado esta misma sentencia, ni siquiera puede ser suplida por el Juez Laboral la defensa no alegada por la parte demandada de que el trabajador a que se refiere el juicio es un Trabajador de Dirección, pues incurriría en incongruencia en la sentencia, ya que lo decidido no pertenece al *thema decidendum*, lo que es un vicio de orden constitucional, opinión que consagró la supra citada sentencia, a continuación del extracto antes transcrito:

En sintonía con lo anterior, estima la Sala que el fallo impugnado rompió con la armonía que debe contener la decisión proferida en la sentencia, al conocer algo distinto a lo alegado y probado en autos, circunstancia lesiva al derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano Hoegl Anulfo Pérez, lo cual, en criterio de esta Sala, conlleva al vicio que en doctrina se conoce como incongruencia; supuesto que ha sido desarrollado como un vicio de orden constitucional, por esta Sala Constitucional en decisión núm. 429/2009 (Caso: “Mireya Cortel y otro”), en los siguiente términos:

[l]a jurisprudencia ha entendido por incongruencia omisiva como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosas distintas de lo pedido, (que) puede entrañar una vulneración del

---

42 Idem.

principio de contradicción, lesivo al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia (sentencia del Tribunal Constitucional Español 187/2000 del 10 de julio).

(...)

Pero no toda omisión debe entenderse como violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que se refiere a la pretensión de la parte en el juicio y no sobre meros alegatos en defensa de esas mismas pretensiones, puesto que estas últimas no requieren un pronunciamiento tan minucioso como las primeras y no imponen los límites de la controversia, ello en consonancia con lo preceptuado en el numeral 8 del artículo 49 de la vigente Constitución que exige una incongruencia omisiva.

Asimismo, esta Sala Constitucional, en sentencia n.º 38 que emitió, el 20 de enero de 2006 (Caso: Salvatore Vitagliano Sarno y otro), señaló:

...el agravio o lesión al derecho a la defensa y a la garantía del debido proceso lo causa la evasión en cuanto al pronunciamiento correcto u omisión de pronunciamiento o ausencia de decisión conforme al recurso ejercido por la parte, lo que da lugar a una incongruencia entre –lo petitionado– la actuación requerida del órgano jurisdiccional y la producida por éste, que originó una conducta lesiva en el sentenciador, quien estando obligado a decidir de acuerdo con lo solicitado, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia (artículo 243, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil), procedió a declarar algo distinto a lo reglado en la ley...43.

# NORMAS





**Normas para la recepción y publicación de  
trabajos en la Revista  
de la Facultad de Derecho**  
**Aprobados por el Consejo Editorial de la Revista en su  
sesión de fecha 10 de abril de 2008**

1. *Naturaleza de los trabajos*: Los trabajos a ser publicados en la Revista de la Facultad consistirán en artículos resultantes de un proceso de investigación con una sólida sustentación bibliográfica, que por su actualidad y vigencia, puedan ser considerados como aportes al saber y al conocimiento en las diversas áreas del Derecho.
2. *Requisitos para la publicación*: El autor interesado en publicar algún trabajo en la Revista deberá remitir a la Facultad de Derecho, dentro del lapso previsto para la recepción de obras:
  - i) Una carta solicitando la inserción del trabajo en la Revista, en la que además, se debe garantizar el carácter inédito y la autoría del trabajo.
  - ii) Un ejemplar impreso del trabajo.
  - iii) Un ejemplar impreso de su curriculum vitae actualizado (del último año).
  - iv) El documento de Cesión de Derechos de autor suscrito, según el modelo en uso por la Revista.
  - v) Una hoja separada con un resumen del tema o asunto tratado (máximo 30 líneas a un sólo espacio). Dicho resumen deberá ser remitido en idioma castellano y si fuere posible a su autor también en inglés. En caso de que el autor no pudiese remitir las

dos versiones idiomáticas, la Dirección de la Revista proveerá a la traducción del resumen al inglés. En la misma hoja separada, el autor indicará los cinco vocablos más utilizados en el contexto del trabajo o artículo, que se suponen sean el tema central del aquél o los más conectados al mismo.

vi) Un medio físico (preferiblemente CD) que contenga un ejemplar en formato digital .doc (Word para Windows) del trabajo, del curriculum vitae y del resumen del tema. Ambos archivos deben ser de idéntico tenor de los impresos.

3. *Presentación del trabajo*: La extensión máxima de los trabajos será de 40 cuartillas, incluyendo notas al pie y referencias bibliográficas, según las siguientes especificaciones:

i) *Título*: se recomienda que el título de la obra sea lo más concreto posible.

ii) *Papel*: tamaño carta (Bond 20)

iii) *Interlineado*: espacio y medio (1,5).

iv) *Espacio entre párrafos*: 6 puntos.

v) *Tipo de letra*: Arial.

vi) *Tamaño letra en el texto principal*: 12 ptos.

vii) *Tamaño letra en la nota al pie*: 10 ptos.

viii) *Destacados*: sólo se aceptarán destacados en letra cursiva para los títulos, subtítulos, pies de páginas y citas.

ix) *Notas*: deben venir a pie de página.

En caso de que el trabajo sobrepase la extensión máxima establecida, el Consejo Editorial podrá acordar su publicación en dos números consecutivos de la Revista.

4. *Arbitraje*: Los artículos de la Revista serán arbitrados, después de haber sido leídos y aprobados en primera instancia por el Consejo Editorial.

El Consejo Editorial asignará el arbitraje del trabajo a uno o más miembros del Consejo de Arbitraje o árbitros especiales designados al efecto. El árbitro o árbitros asignados emitirán su veredicto dentro de los 45 días siguientes a la fecha de recepción del trabajo, pudiendo recomendar o no al Consejo Editorial la inserción del mismo en la Revista. La decisión de los árbitros se orientará con base en los siguientes criterios:

i) *Exposición diáfana del tema*.

- ii) Relevancia y actualidad del mismo.
  - iii) Redacción y ortografía.
  - iv) Uso correcto de las fuentes bibliográficas y sus referencias en el texto.
5. *Exclusión de responsabilidad*: La Revista no responde por la posible fecha de publicación del trabajo, ni asume en modo alguno la defensa o persecución por copias no autorizadas del mismo, ni por la publicación hecha por terceros en otros medios que menoscaben o atenten los derechos de propiedad intelectual.

