



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

LIBRO HOMENAJE
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI



Coordinadores

Luis Cova Arria, Rafael Badell Madrid,
Gabriel Ruan Santos, Juan Cristóbal Carmona Borjas

TOMO IV

AVDT | Asociación Venezolana
de Derecho Tributario

ej editorial jurídica venezolana

Caracas 2023



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



Dr. Humberto Romero-Muci



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR HUMBERTO ROMERO-MUCI

TOMO IV

Coordinadores:

Luís Cova Arria, Rafael Badell Madrid

Gabriel Ruan Santos, Juan Cristóbal Carmona Borjas

AVDT | Asociación Venezolana
de Derecho Tributario
J.02051002-0

Caracas / Venezuela 2023

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Libro Homenaje al Doctor Humberto Romero-Muci. (Coordinadores) Luís Cova Arria, Rafael Badell Madrid, Gabriel Ruan Santos, Juan Cristóbal Carmona Borjas. Caracas, Venezuela

4 tomos. Total páginas de la obra 2755

Hecho el depósito de Ley

Depósito Legal: DC2023001632

ISBN: Obra completa: 978-980-416-057-8

ISBN: Tomo I: 978-980-416-058-5

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT

© Copyright 2012

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482 88 45 - 482 86 34

Fax: (0212) 483 26 74

e-mail: academiadecienciaspoliticas@gmail.com

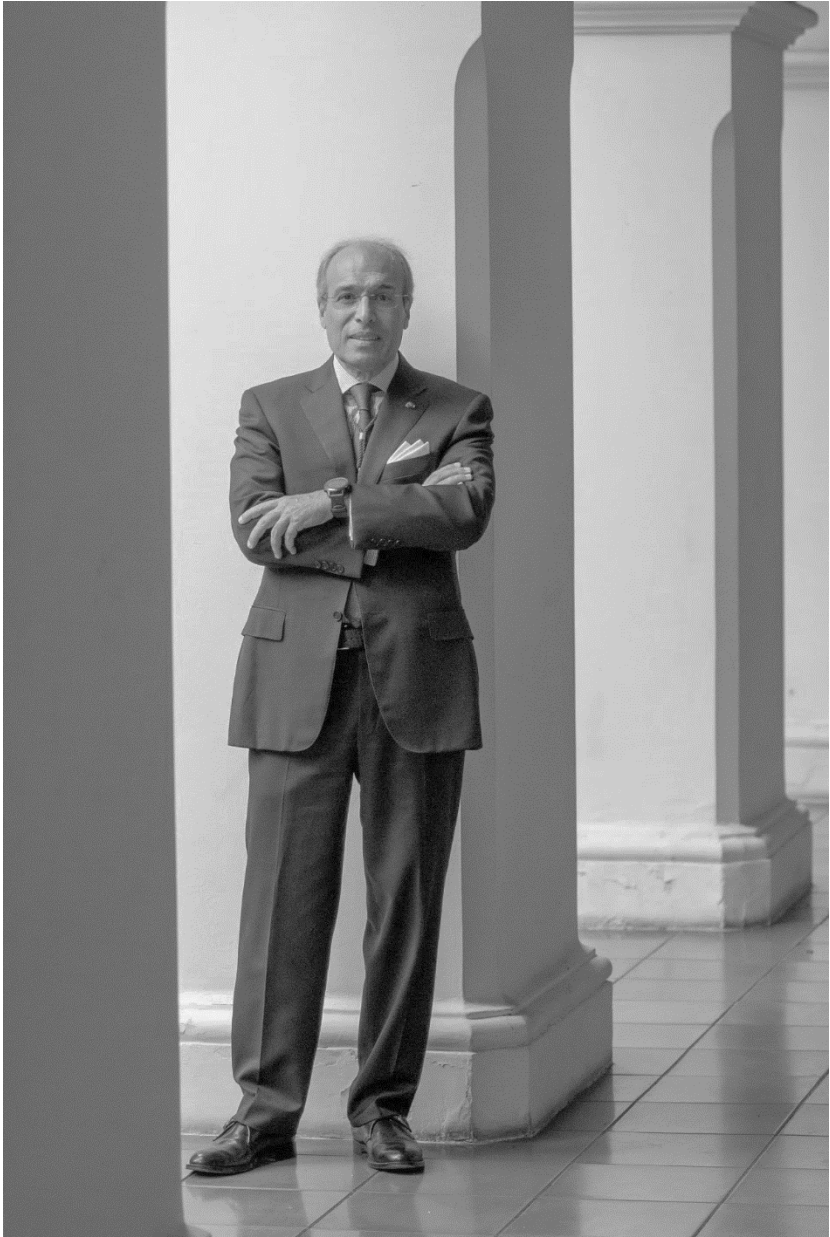
Página web: www.acienpol.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Mirna Pinto

Impreso en Venezuela

LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO, PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLA SE EMITAN.



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva Período 2022-2023

Presidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Secretario:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Tesorero:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
Margarita Escudero León (<i>e</i>)	James-Otis Rodner
Juan Carlos Pró-Rísquez	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	César A. Carballo Mena
León Henrique Cottin	Juan C. Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yannuzzi Rodríguez
Eugenio Hernández-Bretón	Magaly Vásquez González (<i>e</i>)
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U., h
Ramón Guillermo Avelado	Oscar Hernández Álvarez
Hildegard Rondón de Sansó	Fortunato González Cruz
Henrique Iribarren Monteverde (+)	Luis Napoleón Goizueta H.
Josefina Calcaño de Temeltas (+)	



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

ALEMANIA

Dr. Erik Jayme

ARGENTINA

Dr. Diego Fernández Arroyo

Dr. José Claudio Escribano

Dr. Juan Carlos Cassagne

Dr. Eduardo Sambrizzi

BRASIL

Dra. Claudia Lima Marques

COLOMBIA

Dr. Mauricio Plazas Vega

Dr. Gilberto Álvarez Ramírez

Dr. Augusto Trujillo Muñoz

Dr. Cesáreo Rocha Ochoa

CHILE

Dr. José Luis Cea Egaña

Dr. Claudio Grossman

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Dr. Symeon Symeonides

ESPAÑA

Dr. Rafael Navarro-Valls

Dr. César García Novoa

Dr. Miguel Herrero Miñón

Dr. Santiago Muñoz Machado

FRANCIA

Dr. Pierre Michel Eisemann

ITALIA

Dr. Sandro Schipani

Dr. Natalino Irti

JAPÓN

Dra. Yuko Nishitani

MÉXICO

Dr. Leonel Pereznieta Castro

Dr. Bernardo Fernández del Castillo

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Dr. Ignacio Luis Melo

PERÚ

Dr. Carlos Soto Coaguila

Dr. Augusto Ferrero

REPÚBLICA DOMINICANA

Dr. Manuel Morales Lama

URUGUAY

Dr. Didier Operti Badán

COLABORADORES ESPECIALES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESTADO ANZOÁTEGUI

Prof. José Getulio Salaverría Lander

ESTADO ARAGUA

Dr. Gilberto Guerrero Quintero

Dr. Jorge L. Lozada González

ESTADO BOLÍVAR

Prof. José Carlos Blanco Rodríguez

ESTADO CARABOBO

Dr. Pedro Rondón Haaz

Dr. Aníbal Rueda Rueda

Prof. Edgar Núñez Alcántara

ESTADO LARA

Dr. Jorge Rosell Senhem

ESTADO MÉRIDA

Prof. Egberto Abdón Sánchez Noguera

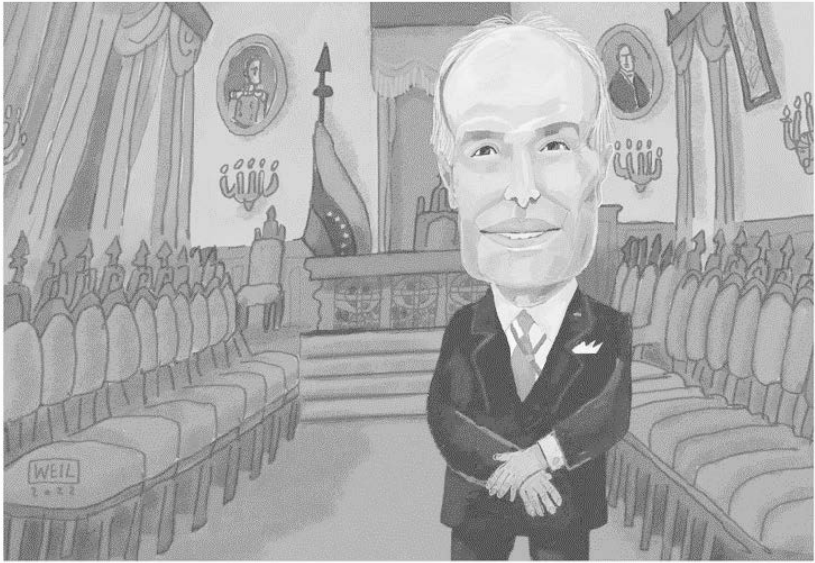
ESTADO TÁCHIRA

Dr. Rodrigo Rivera Morales

ESTADO ZULIA

Dr. Jesús Esparza Bracho

Dra. Ana Elvira Araujo



ÍNDICE

TOMO I

Prólogo

LA PERSONA DESTINATARIA DEL HOMENAJE

Gabriel Ruan Santos..... 25

Presentación

LIBRO HOMENAJE AL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI

Rafael Badell Madrid 39

TEMAS POLÍTICOS – HISTÓRICOS

GLOBALIZACIÓN, INSTITUCIONES Y DEMOCRACIA, UNA ARMONÍA DIFÍCIL DE LOGRAR EN EL FUTURO IBEROAMERICANO

Julio Rodríguez Berrizbeitia 59

EL “PACTO DE PUNTO FIJO” DE 1958 COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL ESTABLECIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO Y DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías 83

ANOTACIONES PARA EL DESCUBRIMIENTO DE LOS ABOGADOS (Y OTROS ESTUDIANTES DE DERECHO) “INMIGRANTES” ESPAÑOLES EN VENEZUELA (POR CAUSA DE LA GUERRA CIVIL)

Eugenio Hernández-Bretón 101

REFLEXIONES A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DERECHO VENEZOLANO <i>Ramón Escovar León</i>	133
EL PENSAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO: UNA HISTORIA DE RESISTENCIA INTELECTUAL <i>Carlos García Soto</i>	149
EL POPULISMO DEL S. XXI: UNA RENOVADA AMENAZA A LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA <i>Alejandro González Valenzuela</i>	163
DEL “MUNICIPIO, RAÍZ HISTÓRICA DE LA REPÚBLICA” A LA COMUNA. DESARRAIGAMIENTO REPUBLICANO <i>Leonardo Luis Palacios Márquez</i>	207

DERECHO ADMINISTRATIVO - REGULATORIO

LA LICENCIA OBLIGATORIA DE LAS PATENTES SOBRE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS VACUNAS <i>Hildegard Rondón de Sansó</i>	259
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL COVID-19: ASPECTOS SOBRE SU FUNDAMENTACIÓN Y CONSECUENCIAS <i>Ramsis Ghazzaoui</i>	279
NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRIPTOACTIVOS Y SU ÁMBITO REGULATORIO EN ESPAÑA Y LATINOAMÉRICA <i>Santiago Rodríguez Senior</i>	307
TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO Y GAS <i>Gabriela Rachadell de Delgado y Franco Valentino Di Miele</i> ...	361

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

DEL PETRO-ESTADO AL <i>CRONY</i> SOCIALISMO. INVOLUCIÓN ECONÓMICA DE LA VENEZUELA DEL SIGLO XXI <i>Sary Levy Carciente y Miguel Á. Martínez Meucci</i>	403
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ÍNDICE

INSTITUCIONES EXTRACTIVAS, PETRÓLEO Y EL COLAPSO DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA <i>Humberto García Larralde</i>	429
TEMAS SOBRE REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA EXTERNA <i>Fulvio Italiani Firrito, Carlos Omaña Andueza y Roland Pettersson Stolk</i>	459
EL ESTADO FALLIDO EN VENEZUELA Y LA ANOMIA DEL DERECHO TRIBUTARIO <i>José Ignacio Hernández G.</i>	473
LA DOLARIZACIÓN EN VENEZUELA: SU POSIBLE APLICACIÓN Y DESAFÍOS REGULATORIOS NACIONALES E INTERNACIONALES <i>Ricardo A. Larrazábal Muro</i>	505
INDEXACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA. VIABILIDAD JURÍDICA Y ÉTICA <i>Juan Cristóbal Carmona Borjas</i>	521
COMENTARIOS FISCALES SOBRE LA MONEDA FUNCIONAL DÓLAR, MONEDA FUNCIONAL BOLÍVAR, MONEDA DE PRESENTACIÓN EN BOLÍVARES, MONEDA DE PRESENTACIÓN EN DÓLARES <i>Thomy J. Céfalo Y.</i>	585
EL VALOR PROBATORIO DE LOS ESTADOS FINANCIEROS A LOS FINES TRIBUTARIOS <i>Luis Fraga-Pittaluga</i>	605

TOMO II

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO (CONTINUACIÓN)

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO TRIBUTARIO <i>Eduardo Meier García</i>	695
LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS <i>José Andrés Octavio L.</i>	723

LA INMUNIDAD FISCAL INTERGUBERNAMENTAL Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO. ALGUNAS CONSIDERACIONES <i>Carlos E. Weffe H.</i>	759
PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. PATOLOGÍAS DEL SISTEMA TRIBUTARIO VENEZOLANO. ANÁLISIS DE LAS ALTERACIONES SISTÉMICAS DE LA TRIBUTACIÓN VENEZOLANA A TRAVÉS DE LAS CONSTANTES VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD TRIBUTARIA MEDIANTE EL ESTABLECIMIENTO DE HECHOS Y BASES IMPONIBLES TOTALMENTE DIVORCIADAS DE LAS REGLAS QUE IMPONE LA CORRECTA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO <i>José Rafael Belisario Rincón</i>	825
LA UTÓPICA <i>TRIBUTACIÓN TRANSHUMANA</i> . ¿EXISTE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN LOS ROBOTS? <i>Burt S. Hevia O.</i>	875
SITUACIÓN PRESENTE DE LA FISCALIDAD DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN PERÚ Y VENEZUELA. PERSPECTIVAS A FUTURO <i>Carlos Enrique Paredes</i>	897
LAS CLÁUSULAS DE <i>TAX SPARING</i> COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS INCENTIVOS FISCALES EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO <i>Betty Andrade Rodríguez</i>	967
TRATAMIENTO EN MATERIA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS APORTES A TÍTULO DE PRIMA EN EMISIÓN DE ACCIONES EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL (APUNTES PARA UNA REDEFINICIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA) <i>Juan C. Castillo Carvajal</i>	1023
SOBRE LOS INTANGIBLES Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA <i>Isabella Pecchio Brillembourg</i>	1035
EL CONCEPTO DE TERRITORIALIDAD EN EL METAVERSO: ¿ACASO UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE EL DERECHO TRIBUTARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO? <i>Víctor Hugo Guerra Hernández</i>	1073

ÍNDICE

EL FEDERALISMO COOPERATIVO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL VENEZOLANO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO VENEZOLANO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO <i>Ronald Evans Márquez</i>	1097
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TSJ QUE RECONOCE LA COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS PARA GRAVAR LOS SERVICIOS DE MEJORAMIENTO EN LA EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS <i>Cecilia Sosa Gómez</i>	1125
LA TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS A PROPÓSITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. UNA VISIÓN HERMENÉUTICA ALTERNATIVA <i>Pier Paolo Pasceri Scaramuzza</i>	1141
BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FISCALIDAD AMBIENTAL Y PAGO DE SERVICIOS AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA Y EN EL DERECHO COMPARADO <i>Jorge Luis Lozada González</i>	1189
BASE IMPONIBLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESTABLECIDA EN LA LOCTI, UN CASO DE INCONGRUENCIA E INJUSTA IMPOSICIÓN <i>Elvira Dupouy Mendoza</i>	1221
FALSEAMIENTO DETERMINATIVO Y DESCONFIGURACIÓN DEL TRIBUTO. EL CASO DE LA PROVIDENCIA N° 015-047/2021 DEL FONACIT Y LA REFORMA DE LA LOCTI/2022 <i>Serviliano Abache Carvajal</i>	1257
LA INCIDENCIA TRIBUTARIA DE LA REGULACIÓN PRUDENCIAL BANCARIA. CASO DE ESTUDIO: LAS NORMAS PRUDENCIALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA REVALUACIÓN DE ACTIVOS EN LAS INSTITUCIONES BANCARIAS <i>Ignacio Julio Andrade Cifuentes</i>	1301

TOMO III

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO (FIN)

EL COBRO EJECUTIVO TRIBUTARIO EN EL ÁMBITO ELECTRÓNICO <i>Rodrigo Rivera Morales</i>	1389
LA NEGACIÓN DE TUTELA CAUTELAR DE AMPARO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. BREVE ANÁLISIS DE RACIONALIDAD JURÍDICA <i>Xabier Escalante Elguezabal</i>	1409
UN ENSAYO SOBRE LA INTERPRETACIÓN COMO MEDIO PARA DESECHAR FICCIONES Y FALSAS PRESUNCIONES EN LAS NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO TRIBUTARIO <i>Juan Esteban Korody Tagliaferro</i>	1429
SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD DE GENERAL ACEPTACIÓN EN VENEZUELA <i>José Rafael Bermúdez</i>	1475
OPINIONES SOBRE POSICIONES INCIERTAS DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA VENEZOLANO A FINES DE SU CONTABILIZACIÓN <i>José Manuel Valecillos</i>	1515

DERECHO INTERNACIONAL

ASPECTOS PROCESALES DEL CASO 171 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: GUYANA CONTRA VENEZUELA <i>Rafael Badell Madrid</i>	1549
EL DERECHO-GARANTÍA AL <i>NON BIS IN IDEM</i> Ó <i>NE BIS IN IDEM</i> BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS <i>Carlos Ayala Corao</i>	1749

ÍNDICE

<i>RES JUDICATA</i> Y UN LAUDO MAL DICTADO. EL CASO GUYANA C. VENEZUELA <i>Héctor Faúndez Ledesma</i>	1783
EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS REGIONAL POR PARTE DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: ÁFRICA Y AMÉRICA LATINA EN UN BREVE ACERCAMIENTO <i>Thairi Moya Sánchez</i>	1831
DERECHO CIVIL	
LA IMPOSIBILIDAD Y LA DIFICULTAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES <i>Carlos Eduardo Acedo Sucre</i>	1859
LOS ENTRESIJOS DEL PAGO DE PRESTACIONES EN MONEDA EXTRANJERA <i>Biba Arciniegas Mata y Enrico Giganti Castro</i>	1911
RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SUS AUXILIARES <i>Enrique Urdaneta Fontiveros</i>	1927
CORRUPCIÓN Y CONTRATOS EN VENEZUELA <i>Claudia Madrid Martínez</i>	1969
CRÍTICA AL CONCEPTO DE CAUSA EN EL DERECHO VENEZOLANO, UN ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA DOCTRINA ANGLOSAJONA DE LA CONSIDERACIÓN <i>Andrés Gzásó</i>	2003
LA DOLARIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LOS MECANISMOS DE AJUSTE DEL VALOR DE LAS OBLIGACIONES A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN VENEZUELA <i>Fred Aarons P.</i>	2029
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA N° 0652 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES <i>Aura Janesky Lehmann González</i>	2059

CAPITULACIONES MATRIMONIALES: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD <i>Dubraska Galarraga Ponce</i>	2093
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ROBOTS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL <i>Blas Rivas Alejandro y Blas Rivas Santos</i>	2117

TOMO IV

DERECHO MERCANTIL

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO. REFLEXIONES SOBRE LA ANUNCIADA PRIVATIZACIÓN PARCIAL DE DIVERSAS EMPRESAS DEL ESTADO A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN <i>José Antonio Muci Borjas</i>	2167
LA FRACCIÓN DE LA ACCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS <i>José Getulio Salaverría Lander y Salvador R. Yannuzzi Rodríguez</i>	2177
LAS RECONVERSIONES. EFECTOS EN EL VALOR DEL CAPITAL Y DE LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. POSIBLES MEDIDAS Y CONSECUENCIAS <i>Inés Parra W.</i>	2209
LA CLÁUSULA DE <i>RECALL</i> EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL DE PRODUCTOS <i>Alejandro Silva Ortiz</i>	2237
OBSTRUCCIONISMO DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL CERRADO. SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO VENEZOLANO. ALGUNAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO <i>Geraldine D'Empaire De Sosa y Arnoldo José Troconis Herrera</i>	2257

ÍNDICE

CARACTERÍSTICAS DE OPERACIONES DE FUSIONES Y ADQUISICIONES EN VENEZUELA ENTRE 2014 Y 2020 <i>Fulvio Italiani y Giancarlo Carrazza</i>	2291
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

DERECHO PROCESAL - ARBITRAJE

SITUACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA <i>Pedro Rafael Rondón Haaz</i>	2301
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

ASPECTOS PROCESALES EN UNA OBRA INÉDITA DE HUMBERTO CUENCA. ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA PROBATORIA Y ESPECÍFICAMENTE A LA EXHIBICIÓN DE COSAS, PERSONAS E INSTRUMENTOS EN EL PROCESO CIVIL <i>Edgar Darío Nuñez Alcántara</i>	2329
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

JUSTICIA TELEMÁTICA. PRINCIPIO Y FIN DE LA JUSTICIA VIRTUAL EN VENEZUELA <i>Álvaro Badell Madrid</i>	2373
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

¿DEFENSOR <i>AD LITEM</i> EN EL ARBITRAJE? <i>Pedro Alberto Perera Riera</i>	2409
---------------------------------------------------------------------------------------	------

EL ESTÁNDAR DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO COMO GARANTÍA DEL RESPETO AL ESTADO DE DERECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES <i>José Gregorio Torrealba R.</i>	2419
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE TRANSACCIÓN EN LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL; LA CONVENCION DE SINGAPUR <i>James Otis Rodner S.</i>	2445
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

DERECHO CONSTITUCIONAL

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y LA TRANSICION A LA DEMOCRACIA <i>Jesús María Casal</i>	2471
--------------------------------------------------------------------------------------------------	------

LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 <i>Margarita Escudero León</i>	2515
LA IMPOSICIÓN POR VÍAS DE HECHO DE UN INCONSTITUCIONAL MODELO DE ECONOMÍA SOCIALISTA EN VENEZUELA <i>María Amparo Grau</i>	2551
EL ABUSO DE LA HABILITACIÓN LEGISLATIVA PRESIDENCIAL COMO HERRAMIENTA ABSOLUTISTA <i>Juan M. Raffalli A.</i>	2571

DERECHO LABORAL

SISTEMA NORMATIVO DE LA OIT Y DERECHO LABORAL IBEROAMERICANO <i>Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena</i>	2601
LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN <i>Victorino Márquez Ferrer</i>	2643

TEMAS VARIOS

LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO MARÍTIMO. LA LABOR REALIZADA POR EL COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL (CMI), EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM) Y LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO MARÍTIMO (AVDM) (CMV) <i>Luis Cova Arria</i>	2683
LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA COMO ELEMENTO DE LA PRÁCTICA JURÍDICA <i>Andrés Felipe Guevara Basurco</i>	2701
ALCANCE Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CULTURALES. LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES Y SU INTERDEPENDENCIA <i>Alberto Blanco-Uribe Quintero</i>	2713

DERECHO MERCANTIL

**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO
DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO.
REFLEXIONES SOBRE LA ANUNCIADA
PRIVATIZACIÓN PARCIAL DE DIVERSAS
EMPRESAS DEL ESTADO
A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE CREACIÓN DE
LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN**

*José Antonio Muci Borjas**

SUMARIO

Sección I. Preámbulo. Sección II. La Ley Orgánica de Administración Pública (2001) y la Ley de la Comisión Central de Planificación. A) Introducción. B) La Ley Orgánica de Administración Pública de 2001. C) La Ley de la Comisión Central de Planificación de 2007. Sección III. La personalidad jurídica de las Empresas del Estado y el levantamiento del velo corporativo en el Derecho venezolano. A) Introducción. B) El levantamiento del velo corporativo. C) El levantamiento del velo corporativo y las Empresas del Estado: el fallo *Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico* (“*Cadafe*”). D) El levantamiento del velo corporativo y las Empresas del Estado según la Ley de la Comisión Central de Planificación. E) A modo de recapitulación. Sección IV. Los retos que plantea la Ley de la Comisión Central de Planificación a la oferta pública de acciones emitidas por Empresas Públicas contraladas por la República.

Sección I. Preámbulo

§1. La prensa venezolana reseñó en fecha reciente el anuncio, hecho por quien ejerce la jefatura del gobierno nacional, de colocar acciones, representativas de no

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB, 1986), con estudios de postgrado en Derecho Administrativo, Tributario y Procesal Civil (*Università La Sapienza* (1987-1988), Derecho Constitucional y Derecho Tributario (*University of Miami*, 1994) y Derecho Financiero (UCAB, 1996-1998). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la UCAB (1988-actualidad). Profesor Investigador Invitado, Universidad Carlos III (Madrid), (2005). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela), (Sillón N° 27).

más del diez por ciento (10%) del capital social de diversas Empresas del Estado controladas –directa o indirectamente§ por la República, en una bolsa de valores venezolana. La lista de empresas cuyas acciones serían ofrecidas incluye empresas de telecomunicaciones (Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV) y Telecomunicaciones Movilnet C.A. (Movilnet)) y petroquímicas, entre otras¹.

§2. Este breve ensayo considera uno de los escollos a los que se enfrenta la colocación de tales valores: la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación (en lo adelante, por mor de brevedad, la “Ley de la Comisión Central de Planificación”)².

Sección II. La Ley Orgánica de Administración Pública (2001) y la Ley de la Comisión Central de Planificación

A) Introducción

§3. Tradicionalmente las empresas del Estado no estaban sometidas al control de tutela³. El susodicho dispositivo legal, diseñado para vigilar la actuación de las entidades creadas conforme a mecanismos de Derecho Público, se contraponía al control accionario, propio del Derecho Privado, que el Estado ejerce, en asamblea de accionistas⁴, sobre las sociedades mercantiles de su propiedad.

§4. El control ejercido sobre las empresas del Estado sufrió cambios de significación con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001⁵, primero; y, segundo, la Ley de la Comisión Central de Planificación de 2007.

¹ El Nacional, edición del 11 de mayo de 2022 (*vid.*, Maduro anunció que ofertará en la bolsa de valores acciones de empresas públicas, incluidas las petroleras).

² Gaceta Oficial de la República N° 5.841 Extraordinario, del 22 de junio de 2007. Aunque la Ley de la Comisión Central de Planificación de 2007 fue objeto de sucesivas reformas en 2010 (Gaceta Oficial de la República N° 5.990 Extraordinario, del 29 de julio de 2010) y 2011 (Gaceta Oficial de la República N° 39.604, del 28 de enero de 2011), la norma legal sobre la cual discurriremos en este ensayo –aludimos al artículo 4°, numeral 3°, de la Ley de 2007– ha permanecido inalterada hasta el día de hoy.

³ El control de tutela habilita al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro al cual se adscriba el ente descentralizado, para, *inter alia*, revisar y modificar las decisiones adoptadas por este último (*vid.*, artículo 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Gaceta Oficial de la República N° 2.818 Extraordinario, del 1 de julio de 1981).

⁴ Allan Randolph Brewer-Carías, *Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 97.

⁵ Gaceta Oficial de la República N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

B) La Ley Orgánica de Administración Pública de 2001

§ 5. La Ley Orgánica de Administración Pública de 2001 extendió el control de tutela a las Empresas del Estado. En resumen, la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001:

- a. Autorizó la creación de sociedades anónimas con un único accionista (artículo 104). Como representante del accionista único, el Ministro al que se adscribiese la sociedad podía nombrar a todos los miembros de su Junta Directiva.
- b. Habilitó al Presidente de la República para determinar el Ministerio al que debían adscribirse las distintas Empresas del Estado (Artículo 115)⁶.
- c. Facultó al Ministerio de adscripción para (i) definir las políticas que debían desarrollar las Empresas del Estado y poder para formular las directivas necesarias a tales efectos; (ii) coordinar, supervisar y controlar permanentemente a las Empresas de Estado a su cargo para asegurar, entre otras cosas, el cumplimiento de las políticas definidas; y (ii) evaluar permanentemente el desempeño y los resultados de gestión de las Empresas del Estado, e informar oportunamente al Presidente de la República (artículo 117)⁷.

⁶ El artículo 115 de la Ley Orgánica de Administración Pública, así como los artículos 116, 117 y 119 *eiusdem* (ut infra, §4.c y §4.d), forman parte del Título IV (De la Desconcentración y de la Descentralización Funcional), Capítulo II (De la Descentralización Funcional), Sección V (Del Control sobre los Órganos Desconcentrados y sobre los Entes Descentralizados Funcionalmente), de dicha ley.

⁷ El artículo 117 de la Ley Orgánica de Administración Pública establecía textualmente que «[l]os ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, tienen las siguientes atribuciones: 1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias. 2. Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control. 3. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda. 4. Informar trimestralmente al organismo u órgano nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes. 5. Proponer al Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, o alcalde o alcaldesa, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas. 6. Las demás que determinen las leyes nacionales, estatales y las ordenanzas y sus reglamentos». El artículo 117 debe ser leído conjuntamente con el artículo 116 *eiusdem*, a tenor del cual «[t]odo instituto autónomo, empresa o fundación, asociaciones y sociedades

- d. Contempló la necesidad de que los Ministerios de Adscripción y las Empresas del Estado suscribieran compromisos de gestión. Tales compromisos debían servir como instrumento de control de supervisión sobre el desempeño de las Empresas del Estado (artículo 119).

C) La Ley de la Comisión Central de Planificación de 2007

§ 6. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4° (numeral 3°) de la Ley de la Comisión Central de Planificación, corresponde a la Comisión Central de Planificación, órgano integrado por el Vicepresidente Ejecutivo de la República, quien hace las veces de Presidente y coordinador de la misma, el Ministro de Planificación y Desarrollo, en rol de Secretario Ejecutivo, y los ministros y ciudadanos designados por el Presidente de la República,

«[c]ontrolar y coordinar que los ministerios, servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes adscritos descentralizados, actúen de conformidad con los lineamientos, políticas y planes emanados de la Comisión Central de Planificación, debidamente aprobados por el Presidente o Presidenta de la República. En ese sentido, los referidos entes no gozarán de autonomía organizativa, ni de autonomía para la planificación administrativa-financiera.

En consecuencia, todos los órganos y entes de la Administración Pública, no obstante su naturaleza y forma organizativa previstas en los instrumentos de creación, deberán actuar conforme a lo establecido en este numeral, y las potestades atribuidas a la Comisión Central de Planificación se realizarán sin menoscabo de los controles de tutela, accionarial y estatutario a los cuales aquellos están sometidos. La personalidad jurídica y el patrimonio propio no debe ser obstáculo para el cumplimiento de lo ordenado en el presente numeral».

§7. El artículo 4°, numeral 3°, de la Ley de la Comisión Central de Planificación debe ser adminiculado con los artículos 14 y 19 *eiusdem* (intitulados, respectivamente, “De la obligatoriedad en el cumplimiento de los lineamientos estratégicos, políticas y planes”, y “De la obligatoriedad y aplicación prevalente”), de acuerdo con los cuales:

- a. Las Empresas del Estado «se regirán en sus actuaciones por los lineamientos estratégicos, políticas y planes aprobados conforme a la planificación centralizada». Consecuentemente, los Ministros, «en ejercicio de sus funciones de coordinación, supervisión y control [...] harán cumplir dichos lineamientos, políticas y planes por los órganos [...] que les estén adscritos.

civiles del Estado se encontrarán adscritos a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente».

- b. Las «normas y principios relativos a la planificación, organización, control y supervisión de la Administración Pública contenidas en el presente Decreto Ley, son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos y entes de la Administración Pública», y deben ser «aplicadas de manera prevalente en el ordenamiento jurídico vigente».

§8. Un detenido análisis de las normas de la Ley de la Comisión Central de Planificación invocadas con anterioridad permite constatar que estas erosionan la autonomía, propia y característica de una sociedad creada conforme a las pautas del Derecho Privado, pues trasladan el foro en el que han de debatirse y adoptarse de decisiones societarias fundamentales, de la Junta Directiva societaria al Ejecutivo Nacional —*i.e.*, al gobierno central—.

§9. Como veremos de seguida, ese desplazamiento de los poderes de decisión en materia de organización y planificación no puede ser conciliado con la personalidad jurídica que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las sociedades mercantiles.

Sección III. La personalidad jurídica de las Empresas del Estado y el levantamiento del velo corporativo en el Derecho venezolano

A) Introducción

§10. De acuerdo con el artículo 201 del Código de Comercio, las sociedades anónimas son personas jurídicas. Al ser personas jurídicas, las sociedades anónimas tienen identidad y patrimonio propios, diferentes a los de sus accionistas. Entre los accionistas y la sociedad existe un muro que los separa o divide. Por causa de ese muro, en principio:

- a. Los socios no responden con su patrimonio por las obligaciones de la sociedad anónima. Las consecuencias legales que puedan derivarse de las actuaciones de la sociedad anónima solo pueden imputarse a esta última⁸; y, al revés,
- b. La sociedad anónima no responde con su patrimonio por las obligaciones de sus socios. Las consecuencias legales que puedan derivarse de las actuaciones de los socios de una sociedad anónima no pueden serle imputadas a esta última.

§11. El artículo 201 del Código de Comercio resulta aplicable a las Empresas del Estado porque estas son «sociedades mercantiles» en las cuales la República —*inter alia*— tiene una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social

⁸ José Antonio Muci Borjas, *El abuso de la forma societaria* (El “levantamiento del velo corporativo” a la luz de la doctrina de la Administración Pública y de la jurisprudencia venezolanas en materia civil, mercantil, administrativa, tributaria, laboral y penal), Editorial Sherwood, Caracas, 2007, pp. 26 y 118-120.

(artículo 103 de la Ley Orgánica de Administración Pública⁹), por una parte; y por la otra, porque las empresas del Estado se rigen, en principio, «por la legislación ordinaria» (artículo 106 *eiusdem*).

B) El levantamiento del velo corporativo

§12. En determinadas circunstancias de excepción los tribunales venezolanos y ciertos organismos administrativos pueden subvertir el orden establecido por el artículo 201 del Código de Comercio y desconocer la personalidad jurídica de una sociedad anónima, esto es, levantar o descorrer el velo corporativo, con el resultado de que la sociedad y (i) sus accionistas, o (ii) las sociedades vinculadas a aquella a la que se descorre el velo, pueden ser considerados como una única persona.

§13. De acuerdo con el Derecho venezolano, el levantamiento del velo corporativo puede ser el resultado, primero, de una disposición legal que ignora o desconoce específicamente la personalidad jurídica de la sociedad para un efecto jurídico determinado¹⁰ o, segundo, de un abuso de derecho o de un fraude a la ley¹¹.

§14. El levantamiento del velo corporativo ha sido utilizado por los tribunales venezolanos y los organismos administrativos para:

- a. Primero, responsabilizar a los accionistas de una sociedad anónima por los actos realizados por dicha sociedad (*piercing of the corporate veil*).
- b. Segundo, responsabilizar a una sociedad anónima por los actos realizados directa o indirectamente por sus accionistas (*reverse piercing*).
- c. Tercero, responsabilizar a una sociedad anónima por los actos realizados por una sociedad relacionada (*triangular piercing*)¹².

§15. Los tribunales venezolanos y la Administración Pública han levantado el velo corporativo para desconocer la personalidad jurídica tanto de sociedades de propiedad privada como de Empresas del Estado¹³. Por lo que a estas últimas

⁹ Gaceta Oficial de la República N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

¹⁰ Francisco Hung Valliant, “La denominada Doctrina del Levantamiento del Velo por Abuso de la Personalidad Jurídica”, en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI* (Estudios Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías), Tomo II, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, p. 2.049; y, José Antonio Muci Borjas, *El abuso de la forma societaria, ob. cit.*, pp. 100-102 y 116.

¹¹ José Antonio Muci Borjas, *El abuso de la forma societaria, ob. cit.*, p. 117.

¹² *Ibid.*, pp. 118-120.

¹³ *Ibid.*, pp. 135-136 y 225-229.

respecta, en el pasado la justicia venezolana ha descornado el velo corporativo cuando existen estrechos vínculos económicos y de gestión entre la Empresa del Estado y su accionista.

C) El levantamiento del velo corporativo y las Empresas del Estado: el fallo *Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (“Cadafe”)*¹⁴

§16. Como destacamos con anterioridad, la justicia venezolana ha descornado el velo corporativo cuando existen vínculos económicos y de gestión –íntimos o estrechos– entre la Empresa del Estado y su accionista.

§17. El fallo judicial pronunciado en el asunto *Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (“Cadafe”)* reconoce que el accionista único de una empresa –en el caso de la especie, una Empresa del Estado– puede desarrollar sus negocios por intermedio de sociedades mercantiles «formalmente distintas a la [matriz], pero unidas a ella no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta [su empresa matriz]». De acuerdo con el fallo invocado, no obstante, la personería jurídica que distingue al accionista único de las sociedades mercantiles de su propiedad, esta última en ocasiones goza de una «autonomía [meramente] formal», pues el control ejercido por el accionista puede convertir a la sociedad «en meras

Sobre el levantamiento del velo corporativo de sociedades estatales puede también consultarse en el Derecho comparado Ricardo De Ángel Yagüez, *La Doctrina del «Levantamiento del Velo» de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia*, 2ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 193-199; Santiago Ortiz Vaamonde, *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo (Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros)*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2004, pp. 78-79; y, Francesco Goisis, Contributo allo Studio delle Società in mano Publica come Persone Giuridiche, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.a., Milano, 2004, pp. 241-342. También cabría invocar aquí a Eduardo Garía de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ª edición, Madrid, 1991, p. 421.

¹⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 558, del 18 de abril de 2001, asunto C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.). Ortiz Vaamonde afirma con tino que cabe descornar el velo corporativo de las Empresas del Estado cuyas ejecutorias no se guían por criterios económicos –esto es, el de las empresas que no operan con criterios de rentabilidad económica, sino que, al contrario, persigan «fines públicos» no obstante su costo– (Santiago Ortiz Vaamonde, *ob.cit.*, p. 80). Sobre la –necesaria– rentabilidad económica de las Empresas del Estado cabría invocar aquí, mutatis mutandis, el artículo 3º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, de acuerdo con el cual «[l]a gestión del comercio exterior de los hidrocarburos se efectuará teniendo como objetivos esenciales los siguientes: Llevar al máximo el rendimiento económico de la exportación, en concordancia con los requerimientos del desarrollo nacional» (Gaceta Oficial de la República N° 1.769 Extraordinario, del 29 de agosto de 1975).

instrumentaciones del controlante». Siempre según el fallo judicial invocado, cuando las sociedades mercantiles «reciben ordenes o instrucciones» del accionista que las controla, puede surgir una «relación de subordinación o de dependencia administrativa» entre el accionista y las sociedades mercantiles controladas, en virtud de la cual estas terminen obrando «en un momento dado como personas interpuestas».

§18. La existencia de ese tipo de vínculos íntimos entre las sociedades mercantiles y su accionista de control es un hecho que demanda alegación y prueba salvo, claro está, que la circunstancia derive de una norma legal.

D) El levantamiento del velo corporativo y las Empresas del Estado según la Ley de la Comisión Central de Planificación

§19. El artículo 4º, numeral 3º, de la Ley de la Comisión Central de Planificación habilita a la República, por órgano de su Comisión Central de Planificación, para:

- a. Adoptar las «directrices, políticas y planes» obligatorios que deben ser observadas por las Empresas del Estado.
- b. Controlar y coordinar que las Empresas del Estado actúen «de conformidad con» las directrices, políticas y planes impuestos por Comisión Central de Planificación. Ese control es adicional «a los [tradicionales] controles de tutela, accionarial y estatutario».

§20. La asignación legal de competencias a la Comisión Nacional de Planificación es complementada por una regla, limitativa de la autonomía propia de una sociedad anónima, que niega la existencia de órganos de gobierno (societarios) con capacidad para gerenciar la empresa profesionalmente. Ciertamente, el artículo 4º –numeral 3º– citado con anterioridad añade que las Empresas del Estado controladas directa o indirectamente por la República carecen de «autonomía organizativa», y carecen también de «autonomía para [manejar su] planificación administrativo-financiera».

§21. Expresado en otros términos, la Ley de la Comisión Central de Planificación despojó a las Empresas del Estado controladas por la República de su capacidad, clave para la autonomía que define a una sociedad anónima, para (i) establecer las metas económicas y financieras de la empresa; (ii) decidir cómo pueden y debe organizarse la empresa para la mejor consecución de tales metas; y, en definitivas cuentas, (iii) establecer cuáles son sus (verdaderas) prioridades como empresa.

§22. Tras asignar tales competencias a la Comisión Central de Planificación y restringir la autonomía de las Empresas del Estado, el artículo 4º, numeral 3º, de la Ley de la Comisión Central de Planificación agregó –la cita es textual– que «[l]a personalidad jurídica y el patrimonio propio [de las Empresas del Estado] no debe ser obstáculo para el cumplimiento de lo ordenado en el presente numeral».

En otras palabras, la personalidad jurídica de las Empresas del Estado controladas directa o indirectamente por la República no puede ser invocada para (i) impedir o frustrar la estricta, precisa o rigurosa aplicación de las directrices, políticas y planes diseñados —e impuestos— por la República, por órgano de la Comisión de Planificación Central o (ii) afirmar la autonomía de la Empresa del Estado. Privadas de todo atisbo de vida propia, esas Empresas del Estado quedaron reducidas a meras ejecutoras de las decisiones impuestas por la República¹⁵.

§23. Las interferencias en el giro autónomo o independiente de las Empresas del Estado impuestas por la regla contenida en el artículo 4º, numeral 3º, de la Ley de la Comisión Central de Planificación, convierten a la República en un administrador encubierto (*Shadow Director*) de la empresa¹⁶.

E) A modo de recapitulación

§24. La negación de la autonomía —y el consecuente desconocimiento de la personalidad jurídica— de las Empresas del Estado controladas directa o indirectamente por la República deriva de una explícita norma de ley. Por consiguiente, el levantamiento del velo corporativo de este tipo de sociedades no demanda mayor probanza. La letra del artículo 4º, numeral 3º, de la Ley de la Comisión Central de Planificación autoriza el levantamiento del velo corporativo de las Empresas del Estado controladas por la República sin necesidad de alegar —y probar— que se está frente a un fraude a la ley o un abuso de derecho.

§25. En virtud del levantamiento del velo corporativo resultante, cabe responsabilizar a la República por los actos realizados por sus Empresas del Estado (*piercing of the corporate veil*). Según los casos, cabe también responsabilizar a la Empresa del Estado por los actos realizados por la República (*reverse piercing*).

Sección IV. Los retos que plantea la Ley de la Comisión Central de Planificación a la oferta pública de acciones emitidas por Empresas Públicas controladas por la República

§26. Para ser exitosa, la colocación —en bolsa de valores— de las acciones representativa del capital social de Empresas del Estado poseídas directa o

¹⁵ El Preámbulo de la Ley de la Comisión Central de Planificación aclara aún más la intención perseguida por su autor. De acuerdo con el susodicho Preámbulo la Ley de la Comisión Central de Planificación representó un nuevo avance en relación con los pasos dados anteriormente por la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, dado que la actuación atomizada y aislada de los entes estatales (incluidas las Empresas del Estado), particularmente en el terreno económico, había sido un problema estructural e histórico en el país.

¹⁶ *Vid., mutatis mutandis*, José Antonio Muci Borjas, *El abuso de la forma societaria*, *ob. cit.*, pp. 130-132.

indirectamente por la República demanda un marco normativo distinto al existente. En ese nuevo y sustancialmente diferente marco normativo:

- a. Las Empresas del Estado deben perseguir objetivos de carácter o naturaleza comercial. La sola persecución de finalidades públicas, a cualquier costo, es materia extraña a este tipo de sociedades mercantiles.
- b. A las Empresas del Estado se les debe reconocer autonomía en el giro de sus negocios. A tales efectos, las decisiones de las Empresas del Estado deben ser debatidas y adoptadas en el seno de los órganos sociales (Asamblea de Accionistas y Junta Directiva) de cada una de tales sociedades.
- c. La administración de las Empresas del Estado debe ser encomendada a gerentes profesionales. Los inversionistas y el mercado rechazarán que las decisiones empresariales sean impuestas por un tercero sobre la base de criterios esencialmente políticos.

§27. La aprobación de un marco normativo que garantice el éxito de la colocación de acciones, representativas del capital social de diversas Empresas del Estado controladas –directa o indirectamente– por la República en una bolsa de valores venezolana entraña, no cabe duda alguna, una profunda reforma o la derogación de la Ley de la Comisión Central de Planificación.

Caracas, 27 de mayo de 2022.

LA FRACCIÓN DE LA ACCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

*José Getulio Salaverría Lander**
*Salvador R. Yannuzzi Rodríguez***

SUMARIO

Introducción. 1. ¿Qué es una sociedad anónima? 2. Características de las sociedades o compañías anónimas. 3. ¿Qué son las acciones de una sociedad anónima?; 3.a. ¿Qué representa una acción de una sociedad anónima? 3.b. Principio de la indivisibilidad de la acción. 4. La exclusión de socios. 5. La fracción de la acción y los accionistas. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Las sociedades anónimas tienen una presencia en el desarrollo de la vida humana de aproximadamente medio milenio,¹ pero a pesar de que parece un largo periodo de existencia, aun hoy en día -las compañías anónimas- encierran dificultades en su estructura que no han sido totalmente clarificadas, ya que la primera regulación formal de este tipo de sociedades se llevó a cabo en el siglo XIX, en el Código Napoleónico, el cual fue el modelo que se adoptó en la legislación de nuestro país.

En Venezuela nos hemos mantenido rezagados en la atención de la organización societaria, porque salvo las modificaciones efectuadas en 1955,

* Abogado. Presidente de la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal. Miembro correspondiente por el Estado Anzoátegui de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Profesor emérito de la UCAB – UCV. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Los autores concuerdan en que la primera empresa bajo la forma más parecida a la sociedad anónima fue la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, fundada en 1602. Posteriormente en las primeras dos décadas del siglo XVII se constituyeron otras sociedades, cuya finalidad era comerciar con Asia y América.

Venezuela no dispone de una ley actualizada que regule el funcionamiento de las sociedades de comercio en general y, en particular, a las sociedades anónimas.²

Uno de los aspectos que debe analizarse es lo que sucedería, por ejemplo, si en el supuesto que en una sociedad anónima se redujera el número de acciones en circulación, y como consecuencia de dicho proceso, algunos accionistas terminarían con una fracción de acción, y en los estatutos sociales no se contemplara una solución a dicha situación, ¿qué debería hacerse con esa fracción que le corresponde al accionista?, ¿continuaría, el tenedor de la fracción, siendo accionista de la sociedad o perdería esa condición? En este último caso, ¿qué pasaría con la fracción de la acción que le corresponde?, es decir, ¿esa fracción tendría algún valor? Debería renunciar a su derecho de mantener la fracción o debe pagar en efectivo el monto necesario para completar una acción, sin que ello sobrepase el capital suscrito por los accionistas; o ¿debería negociar la fracción con otro accionista o un tercero a fin de que el cesionario complete el monto asignado a la acción?; o si no opta o no puede elegir alguna de las alternativas anteriormente indicadas, ¿debe la sociedad entregar al accionista -en numerario- el monto de la fracción?, ¿cuál sería el monto de dicha fracción?, es decir, ¿cómo debe calcularse el valor de esa fracción? ¿La legislación venezolana plantea alguna solución que pueda ser aplicable? Estas son las preguntas a las que trataremos de dar respuesta en este breve trabajo.

Es importante acotar que las soluciones doctrinarias y pragmáticas difieren sustancialmente; es decir, no existe un acuerdo sobre ese aspecto debido a que no ha sido frecuente; sin embargo, derivado de las reconversiones monetarias que han afectado a la moneda nacional, se han comenzado a presentar dichas situaciones. Por ello, la intención de este trabajo es revisar las planteadas disyuntivas y determinar, de conformidad con nuestra legislación, cuál sería la solución viable para resolver esa situación, si llegare a presentarse.

² Hubo una reforma del artículo 291 del Código de Comercio (que se refiere a la denuncia que pueden formular los accionistas ante la sospecha de graves irregularidades cometidas por los administradores en el desempeño de sus funciones), mediante la sentencia normativa dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 12 de mayo de 2015 (expediente número: 05-0709), por considerar dicho fallo que la aludida norma vulneraba el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, establecidos en la Constitución de la República. Es de observar que en relación con lo dispuesto en el artículo 291 del Código de Comercio, la referida Sala Constitucional mediante sentencia número 809 del 26 de julio de 2000, determinó la naturaleza jurídica del procedimiento contemplado en la citada norma.

1. ¿Qué es una sociedad anónima?

No es una tarea sencilla precisar lo que es una sociedad o compañía anónima, dado la complejidad del tema, pero trataremos de ubicarnos en el contexto de la manera más concreta.

El profesor Alfredo Morles Hernández señala que el ordinal 3 del artículo 201 del Código de Comercio contiene la definición de la sociedad anónima, al expresar que es aquella “en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción”.³

Expresa el profesor Morles que la indicada definición destaca dos notas esenciales de la sociedad anónima, a saber: a) la de ser una sociedad de capitales, y b) la de limitar la responsabilidad de los accionistas por las deudas sociales, y agrega que la norma adolece de hacer referencia a la división del capital en acciones, aunque reconoce que la idea está implícita en la citada disposición.⁴

Garrigues, para definir la sociedad anónima se fundamenta en el carácter esencialmente capitalista de ella, y señala que está centrado en el capital de la sociedad, porque este -en su concepto- es la pieza esencial de este tipo de sociedad, para concluir que la sociedad anónima es un capital con personalidad jurídica.⁵ Sin embargo, el citado autor indica, lo que considera son sus características esenciales, a saber:⁶

- a. Es una sociedad capitalista, en virtud de la necesidad de que funcione con un capital propio, proveniente de las aportaciones de los socios, que pueden consistir en dinero u otras clases de bienes apreciables en dinero.
- b. La división del capital es en acciones, las que pueden estar incorporadas a títulos de fácil transmisibilidad, y esto es un dato esencial exigido por la ley, es decir, la división del capital en acciones.
- c. Carácter personal, debido a que lo relevante es la aportación patrimonial del accionista y no su actividad personal.
- d. La participación en los derechos sociales proporcionada a la aportación en el capital.

Joaquín Rodríguez Rodríguez define a la sociedad anónima de la manera siguiente: “es una sociedad mercantil con denominación, de capital fundacional

³ A. Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II. Las sociedades mercantiles, Manuales de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello Caracas, 1986, pp. 574–575.

⁴ *Ibidem*.

⁵ J. Garrigues, *Instituciones de Derecho Mercantil*, quinta edición, Silverio Aguirre Torre (Imp.), Madrid, 1953, pp. 113–114.

⁶ *Ídem*, pp. 114.

dividida en acciones, cuyos socios limitan su responsabilidad al pago de las mismas”,⁷ noción que puede aplicarse a nuestra realidad, en virtud de que se adapta a lo establecido en nuestra legislación.

Para Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Javier García de Enterría⁸ el concepto de la sociedad anónima resulta implícito en el artículo 1º de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando este establece que “en la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales”.

Los mismos autores afirman, en consonancia con la doctrina general, que la sociedad anónima es, en efecto: a) sociedad capitalista, constituida *intuitu pecuniae*, en la que en principio apenas juegan ni interesan las condiciones personales de los socios, sino la participación que cada uno tenga en el capital social, que habrá de integrarse precisamente por las aportaciones de aquellos; b) sociedad por acciones, en la que el capital habrá de estar necesariamente dividido en partes alícuotas denominadas acciones, que confieren a su titular la condición de socio; c) sociedad de responsabilidad limitada, en el sentido que el socio se obliga a aportar a la sociedad el importe de las acciones que haya suscrito, respondiendo frente a ella del incumplimiento de esa obligación, pero sin responsabilidad personal alguna por las deudas sociales, por lo que los acreedores sociales no pueden, en ningún caso, dirigir sus acciones contra los socios para la satisfacción de sus créditos.

Sin embargo, consideramos que podemos conceptualizar a la sociedad anónima, de acuerdo a las previsiones contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil venezolanos, de la manera siguiente: La sociedad anónima es una estructura creada por documento público o privado,⁹ mediante la cual dos o más personas, naturales o jurídicas, deciden aportar un capital determinado -en numerario o en bienes-¹⁰ a fin de realizar uno o más actos de comercio;¹¹ y se presume que la sociedad tiene carácter mercantil, salvo que su objeto sea, exclusivamente, la explotación agrícola o pecuaria;¹² y la obligación de los socios solamente se extiende al monto de su acción,¹³ por lo que es una sociedad de capitales, lo que constituye su esencia, y se excluye la responsabilidad de los

⁷ J. Rodríguez Rodríguez, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Itesm, Monterrey, 1947, pp. 73-74.

⁸ Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez (coords.), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Editorial Civitas, 2001, p. 769.

⁹ Ver artículos 211 y 247 del Código de Comercio y 1649 del Código Civil.

¹⁰ Ver artículos 208, 213 ordinales 3 y 5, 249, 253 del Código de Comercio y artículos 1649 y 1651 del Código Civil.

¹¹ Ver artículo 200 del Código de Comercio.

¹² *Ídem*.

¹³ Ver artículo 201.3 del Código de Comercio y 1654 del Código Civil.

accionistas, frente a terceros,¹⁴ por los compromisos asumidos por la sociedad, salvo el aporte que deben realizar en numerario o en especie, de acuerdo a lo que hayan prometido.¹⁵

El profesor Morles Hernández es de la opinión que el concepto legal de la sociedad anónima coincide con el concepto doctrinario clásico, que indica que “la sociedad anónima es aquella que tiene un capital dividido en acciones, funciona bajo el principio de la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales y está regida democráticamente”.¹⁶

Estamos de acuerdo con dicha sintética noción de sociedad; sin embargo, debemos hacer una aclaratoria en cuanto al número de socios que se requieren, en Venezuela, para la formación de una sociedad y para mantener su existencia en el tiempo, en cuanto a lo expresado por Morles, específicamente, en cuanto a que la sociedad “está regida democráticamente”. En efecto, en algunas legislaciones, como la mexicana, dicha premisa se aplica, en virtud de que se exige para la constitución de sociedades anónimas una pluralidad de personas, sin que sea suficiente la simple dualidad de los socios, como es el caso del régimen establecido en Venezuela.¹⁷ En efecto, de conformidad con las regulaciones de México para formalizar un contrato de sociedad anónima, se deben contar con cinco socios por lo menos, número de accionistas que deben mantenerse en el decurso de la vida de esta.¹⁸ Por tanto, de acuerdo con esta normativa, es evidente que la sociedad debe estar administrada democráticamente, porque las decisiones serán adoptadas por la mayoría de los socios, siempre y cuando no exista algún accionista que sea tenedor de la mayoría calificada para tomar las decisiones.

En el mismo sentido se observa la legislación colombiana, la que de conformidad con lo previsto en el artículo 374 del Código de Comercio de ese país, estipula que la sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco (5) accionistas,¹⁹ por lo que se exige un número determinado de socios para la creación y permanencia de la sociedad. Sin embargo, tampoco se determina la proporción accionaria que cada socio debe tener.

¹⁴ Ver primer aparte del artículo 203 del Código de Comercio.

¹⁵ Ver artículos 209, 249, 252 del Código de Comercio y artículos 1649, 1654 y 1655 del Código Civil.

¹⁶ A. Morles Hernández, *ob. cit.*, p 575.

¹⁷ El artículo 1649 del Código Civil dispone que “el contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir ...”, es decir, la exigencia legal para constituir válidamente una sociedad es de -al menos- dos personas, sin que se requiera una proporcionalidad.

¹⁸ J. Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 74.

¹⁹ Hildebrando Leal Pérez, *Código de Comercio Comentado*, Editorial Leyer, 2011, p. 232.

La situación en Venezuela, en el siglo XIX, fue básicamente la misma que en México y Colombia, y en ese sentido apunta José Loreto Arismendi (hijo) que el Código de Comercio venezolano de 1873 preceptuaba que la compañía anónima no podía constituirse si el número de asociados era inferior a siete, siguiendo en este el principio establecido en las legislaciones francesa, inglesa, belga y brasileña; pero, los Códigos posteriores inspirados en la legislación italiana no fijan un número de personas determinado para la constitución de la compañía, posición compartida por Arismendi, a quien le parecía irrelevante mantener una cifra determinada de accionistas.²⁰

Es de advertir que, en Venezuela, es válido que después de la constitución de la sociedad, uno de los accionistas pueda adquirir la totalidad de las acciones que conforman el capital de la compañía bien sea por sucesión, por compra de ellas o por otra causa, y no ha habido objeción por parte de los registradores mercantiles cuando acontece este hecho, debido a la previsión del artículo 341 del Código de Comercio.²¹ Así mismo, se puede constituir la sociedad con dos personas, y uno de ellos, simplemente, sea propietario de una acción, con lo cual se cumple con la exigencia de la dualidad para formar la sociedad.

Otro aspecto importante para destacar, tal como señalamos *supra*, cuando trajimos a colación la concepción de Joaquín Rodríguez Rodríguez al definir a la sociedad anónima, quien indica que esta “es una sociedad mercantil con denominación”, lo que contempla nuestra legislación. En efecto el Código de Comercio venezolano estipula, imperativamente, que la sociedad o compañía anónima debe girar bajo una denominación social, y esta puede hacer alusión a la actividad para la cual fue creada o a un nombre de fantasía o de persona, pero necesariamente debe agregarse la mención de sociedad o compañía anónima.²² Por tanto, esas indicaciones generales sirven para que los promotores o los socios procedan a otorgarle una denominación de conformidad con los parámetros

²⁰ J. L. Arismendi (hijo), *Tratado de las sociedades civiles y mercantiles*, Cuarta Edición, revisada, aumentada y adaptada a la legislación vigente, Graficas Armitano, C. A. Caracas, 1976, p. 273.

²¹ El cuarto aparte del artículo 341 del Código de Comercio estipula que “la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelven por haber adquirido uno de los socios (sic) todas las acciones o cuotas de la sociedad”. En Venezuela no es admisible la constitución de una sociedad anónima con el capital suscrito por un solo accionista, salvo que se creada mediante una ley, como fue el caso de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA). En ese sentido se pronuncia el profesor Morles, quien manifiesta que “el acto constitutivo de la sociedad anónima puede no tener su origen en un contrato. Tal cosa ocurre, por ejemplo, con las empresas públicas que adoptan la forma de sociedad anónima y son establecidas por un acto del poder público”. A. Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 577.

²² Ver artículo 202 del Código de Comercio.

indicados,²³ para individualizarla o promover el negocio o los negocios a los que se dedica.²⁴

Por tanto, necesariamente, la sociedad anónima debe girar bajo una denominación social, la que pudiera cambiarse en el futuro. Es decir, no tiene por qué permanecer estática,²⁵ porque la sociedad puede cambiar o ampliar su objeto social, por lo que podría adaptarlo a su nueva realidad o, simplemente, cambiarlo por deseo de una asamblea de accionistas, por considerar que la denominación ya no es comercial o determinaron que una nueva tendría más proyección.

²³ Es importante destacar que, si bien la ley no hace diferencia, doctrinariamente se distingue entre el alcance de “la razón social” y “la denominación social”. La diferencia que la doctrina autoral establece es que la razón social está vinculada a los nombres y apellidos o solamente a estos de uno o varios de los socios; mientras que la denominación social está referida a un nombre producto de la fantasía o de la imaginación de los promotores de la sociedad o sus accionistas. Hung, indica que el término “razón social” alude al nombre de las sociedades en nombre colectivo y en comandita, mientras que el término “denominación social” hace referencia al nombre de las sociedades anónimas y a las de responsabilidad limitada. (F. Hung, *Sociedades*, Colección Estudios Jurídicos No. 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, pp. 54–55). Estamos de acuerdo en que la norma del Código de Comercio venezolano no hace diferencia entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

No obstante que el artículo 202 del Código de Comercio dispone que la denominación social puede formarse con cualquier nombre de fantasía, consideramos que debe ser, más bien, producto de la imaginación, debido a que el vocablo “fantasía” se refiere a la “imaginación”, y está de acuerdo al diccionario de la lengua española, en su segunda acepción, se refiere a la “capacidad o facilidad para concebir ideas, proyectos o creaciones innovadoras”, que -en nuestro criterio- es cuando se inventa el nombre de la sociedad. Disponible en: <https://www.google.com/search?q=diccionario+espa%C3%B1ol&aq=chrome.1.69i57j35i39l2j0i67i433j0i67j0i67i13i433l2j0i67j0i67i13i433j0i67.5214j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=Imaginacion>, consulta realizada el 13 de mayo de 2022.

²⁴ En la práctica se debe reservar previamente, en el registro de comercio del futuro domicilio de la sociedad, la denominación que se aspira usar, a fin de evitar que dos o más personas jurídicas tengan la misma razón social o denominación. No existen, en Venezuela, regulaciones que determinen nacionalmente la selección de las denominaciones para las sociedades anónimas, por lo que pueden darse casos homónimos, supuesto en el cual el interesado debe invocar el mejor derecho si comenzó a utilizar la denominación con anterioridad a la sociedad que tenga una denominación similar; pero, pueden diferenciarse por los datos de registro de la sociedad, lo que está contemplado, por ejemplo, en el artículo 340.3 del Código de Procedimiento Civil, que estipula “si el demandante o demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro”.

²⁵ Ver artículo 217 del Código de Comercio que estipula que, entre otros, deben registrarse y publicarse el cambio de razón social.

Finalmente, es conveniente apuntar que se ha aceptado que las sociedades anónimas, por ser sociedades mercantiles,²⁶ son formas organizadas de ejercicio del derecho de propiedad de los accionistas, sobre sus recursos, con el fin de obtener beneficios.

2. Características de las sociedades o compañías anónimas

De lo que se ha expresado precedentemente, se puede inferir que las características que describen a las sociedades anónimas son las siguientes:

- 1) La sociedad anónima es una sociedad de capitales.²⁷ En las compañías anónimas es irrelevante las condiciones personales del accionista, porque la única obligación que este asume es realizar el aporte de la manera pactada (en numerario o especie),²⁸ bien sea para la constitución de la sociedad o posteriormente, si se ha convenido en el aumento de capital que apruebe la asamblea de accionistas. En caso de no cumplir el accionista promitente con el aporte estipulado puede exigírsele compulsivamente o dejar sin efecto la suscripción,²⁹ porque el aporte del accionista está destinado para el cumplimiento del objeto social.

En el mismo sentido se inclina Joaquín Rodríguez Rodríguez, quien afirma que lo importante es lo que cada socio aporta a la sociedad y no sus características personales;³⁰ y, agrega, que el capital es fundacional en el sentido de que es condición previa e indispensable para que la sociedad pueda fundarse, y considera que el capital, o por lo menos una parte de este, esté previamente desembolsado;³¹ ello se adecúa a la normativa de nuestro Código de Comercio como se ha expresado

²⁶ El artículo 200 del Código de Comercio estipula que “las sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio”. La misma norma, en su único aparte, establece que “las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria”.

²⁷ Ver artículo 213.3 del Código de Comercio, que exige que en el documento constitutivo de la sociedad se indique el importe del capital suscrito y del capital enterado en caja; por su parte, el artículo 249 *eiusdem* dispone que para la constitución definitiva de la compañía es necesario que este suscrito la totalidad del capital social; normativa que debe concatenarse con el dispositivo del artículo 1654 del Código Civil, cuyo encabezamiento dispone: “Cada asociado es deudor a la sociedad de todo cuanto ha prometido aportar a ella”.

²⁸ Ver nota número 10. Ver nota número 38, que se refiere a la exigencia de demostrar la legitimidad de la inversión que se realiza.

²⁹ Ver artículo 252 del Código de Comercio.

³⁰ J. Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 74.

³¹ *Ídem*, p. 75.

anteriormente,³² y es una exigencia legal que, para la constitución de la sociedad anónima, es necesario que los accionistas hayan suscrito la totalidad del capital social, aunque solamente hayan enterado en caja una quinta parte, por lo menos, del valor de las acciones asumidas, salvo que en el contrato social se haya estipulado una cantidad mayor o entregado los aportes que no consistan en numerario.³³

No obstante, lo mencionado precedentemente, pudiera darse el caso que al constituir la sociedad se exigiera alguna condición explícita para que la persona pudiera suscribir y ser tenedor de acciones de una compañía; por ejemplo, tener una profesión determinada o ser miembro o socio de una asociación que esté vinculada con la sociedad que se constituye, lo que es bastante atípico e inusual. Sin embargo, pudiera suscitarse que dichas acciones, vía sucesoria, pasaran a manos de terceros que no tuviesen la condición exigida estatutariamente, por lo que necesariamente deberían ser adquiridas por otros accionistas que cumpliesen con los requerimientos estatutarios y si ello no fuere posible, en nuestro criterio, debe reputarse como no escrita dicha exigencia, habida cuenta de que ello conculcaría el derecho a la propiedad establecido constitucionalmente.³⁴ En consecuencia, dichos accionistas tendrían los mismos derechos establecidos en los estatutos sociales de la compañía, porque de otra manera se vulneraría el derecho de propiedad.

Es necesario reiterar lo indicado anteriormente, en el sentido de que las regulaciones concernientes al pago del capital social también aplican en el caso del aumento de este.

Debe destacarse lo señalado por Joaquín Rodríguez Rodríguez, en el sentido que el capital social es un concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las aportaciones realizadas o prometidas por los accionistas, lo que debe estar determinado en la escritura constitutiva, lo que es aplicable a lo estipulado en la legislación venezolana.³⁵

Es significativo clarificar que el capital no es sinónimo de patrimonio, por lo que debe hacerse la diferenciación entre ambos. En efecto, el patrimonio corresponde al conjunto de bienes, derechos y obligaciones con los que cuenta la compañía para lograr el negocio o negocios a los

³² Ver artículo 249 del Código de Comercio.

³³ Ver artículos 249, 253 y 256 del Código de Comercio.

³⁴ Ver artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

³⁵ J. Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 75. Lo afirmado por el citado autor está en consonancia con lo dispuesto en los artículos 201.3, 213.3 y 249 del Código de Comercio venezolano.

que se dedica,³⁶ para Garrigues, patrimonio es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado y está sometido a las oscilaciones en su cuantía, al igual que las personas naturales;³⁷ mientras que el capital social comprende las aportaciones que los accionistas de la sociedad han entregado o se han comprometido a entregar a la caja social, en numerario o en especie, y en contraprestación reciben unas acciones que representan su participación.

Nuestro Código de Comercio no contempla normativa alguna respecto a la obligación que tienen los Registradores Mercantiles y Notarios relativa al cumplimiento de disposiciones que regulan la legitimación de capitales. Sin embargo, el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores, Justicia y Paz mediante Resolución N° 008 del 31 de enero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.581 del 7 de febrero de 2019 dictó las normas para la administración y mitigación de los riesgos de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, aplicables a las oficinas de Registros y Notarías Públicas del país.³⁸

De acuerdo con Joaquín Rodríguez Rodríguez,³⁹ el capital social está regido por cinco principios a saber:

- a) Principio de garantía del capital, que corresponde a la permanencia de un capital fijo y determinado que ha de servir de garantía a los acreedores y a los socios, lo que debe determinarse en el documento constitutivo de la sociedad.⁴⁰ Este principio, el citado autor, lo sustenta en cuatro subprincipios que son los siguientes:
 - a.1) Subprincipio de la unidad, que se refiere a que cada sociedad tiene un capital que constituye una unidad económica y jurídica. De acuerdo con nuestra legislación, el capital de la compañía garantiza las obligaciones sociales,⁴¹ razón por la cual, como

³⁶ Desde el punto de vista contable, el patrimonio es el resultado de restar el pasivo (obligaciones y deudas) del activo de la sociedad.

³⁷ J. Garrigues, *ob. cit.*, p. 116.

³⁸ Gaceta Oficial N° 41.581, artículos 1, 2 y 7. Tomada de la página web: <https://www.traviesoevans.com/wp-content/uploads/gacetas/2019/02-febrero/2019-02-07-41581.pdf>, consultada el 13/06/2022.

³⁹ J. Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 76-78.

⁴⁰ Ver artículo 213.3 del Código de Comercio, que exige la indicación del capital suscrito y del capital enterado en caja.

⁴¹ Ver artículo 201.3 del Código de Comercio.

principio general, los bienes aportados por los socios se hacen propiedad de la compañía.⁴²

- a.2) Subprincipio de la determinación, referido a que el capital debe ser explícito en la cuantía, especificando su situación. Este subprincipio está recogido en nuestro Código de Comercio, como una exigencia del documento constitutivo de las sociedades anónimas, al establecer -la normativa- que en este debe expresarse “el importe del capital suscrito y el capital enterado en caja”, así como “el valor de los créditos y demás bienes aportados”.⁴³
- a.3) Subprincipio de la estabilidad, el cual se refiere a que, fijado el capital, este no puede aumentarse o disminuirse, salvo que se haga mediante un procedimiento complicado y solemne. Este subprincipio aplica en nuestro país, habida cuenta que se puede llevar a cabo el aumento o reducción del capital de la compañía, si lo acuerda la asamblea de socios legalmente constituida, pero debe existir un quorum con mayoría calificada y el voto favorable, también de una mayoría calificada, independientemente que pueda modificar el estatus de los socios anteriores, quienes tienen el derecho a separarse de la sociedad.⁴⁴ El citado autor no es proclive a la aludida solución, precisamente, por la razón de que puede modificar el estatus de los socios anteriores, pero que en Venezuela, como hemos visto, es absolutamente posible. Como quiera que la decisión de la asamblea, de aumentar o reducir el capital social, puede alterar las relaciones con terceros, la ley exige que la misma debe registrarse y publicarse.⁴⁵ Indudablemente que el aumento o reducción del capital de la sociedad conlleva una tramitación compleja en salvaguarda de los intereses societarios y de terceros, pero es posible llevarla a cabo.
- a.4) Subprincipio del capital mínimo. Este subprincipio no se aplica en Venezuela, salvo para el sector bancario y asegurador, ya que en las leyes que las regulan hay una exigencia que debe cumplirse a los fines de autorizar la constitución y funcionamiento de

⁴² Ver artículo 208 del Código de Comercio. Esta norma contempla la posibilidad de pactar en contrario en cuanto a la propiedad de los bienes aportados, por lo que podría determinarse, por ejemplo, que se aportara el uso o la explotación, por un lapso determinado, de un inmueble, sin que dicho aporte constituya transmisión de propiedad.

⁴³ Ver artículo 213, ordinales 3 y 5 del Código de Comercio.

⁴⁴ Artículo 282 del Código de Comercio.

⁴⁵ Ver artículos 217, 280, ordinales 5 y 6 del Código de Comercio.

empresas que se dediquen a esos ramos.⁴⁶ En la práctica, en Venezuela, administrativamente, sin sustento legal, se ha autorizado a los Registradores Mercantiles para exigir un capital que determine el registrador -para la inscripción de la escritura constitutiva de la sociedad-, de acuerdo con los negocios (objeto) a los que se dedique la sociedad de conformidad a lo dispuesto en los estatutos sociales que se presenten para su inscripción.⁴⁷

- b) Principio de realidad del capital social, el cual está referido a que el capital suscrito por los accionistas represente una cifra de los valores enterados en caja o prometidos, lo que garantiza las obligaciones contraídas por la empresa.⁴⁸ Este principio se encuentra consagrado en nuestro Código de Comercio en razón de la exigencia -anteriormente expresada- de indicar en el documento constitutivo de la sociedad “el importe del capital suscrito y el del capital enterado en caja por cada uno de los accionistas”.⁴⁹
- c) Principio que consagra las limitaciones a los derechos de los fundadores, cuya finalidad es evitar que los promotores de las sociedades anónimas incurran en abusos. Este principio se encuentra establecido en nuestra legislación, y los accionistas son los llamados a controlar las ventajas a los promotores, porque para que puedan tener efecto deben ser aprobadas por la asamblea general de accionistas.⁵⁰ El profesor Morles, siguiendo a Arismendi, señala que la prohibición establecida en la ley, dirigida a los promotores, de reservarse algún premio, corretaje o beneficio particular tomado del capital, persigue asegurar la integración del capital social, requisito sin el cual la sociedad anónima no puede constituirse.⁵¹
- d) Principio de la intervención privada, mediante el cual los accionistas pueden controlar la administración de la sociedad, al considerar la existencia de irregularidades en el manejo de esta. Este principio está consagrado en la legislación comercial,⁵² y permite a los accionistas oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o

⁴⁶ Ver Decreto con Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financiera. 241; y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora.

⁴⁷ Esto es absolutamente casuístico, y cada registrador de comercio puede establecer lo que estime conveniente.

⁴⁸ Ver artículos 201.3 y 208 del Código de Comercio.

⁴⁹ Ver artículos 213.3 y 249 del Código de Comercio.

⁵⁰ Ver artículos 250 y 253 del Código de Comercio.

⁵¹ A. Morles Hernández, *ob. cit.*, pp. 581-582.

⁵² Ver artículo 290 del Código de Comercio.

a la ley, recurriendo al juez de comercio. Así mismo, los accionistas, ante las sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes que incumben a los administradores y a la falta de vigilancia de los comisarios, están legitimados para denunciar esos hechos ante el juez de comercio.⁵³ También, los accionistas tienen el derecho de denunciar a los comisarios los hechos de los administradores que crean censurables, quienes deben hacer constar la recepción de la denuncia en su informe a la asamblea.⁵⁴

- e) Principio de la intervención pública, referida a la posibilidad de que organismos gubernamentales intervengan en el control de algunas sociedades de comercio. En Venezuela este principio está consagrado en el Código de Comercio en el párrafo único del artículo 200 que estipula “El Estado, por medio de organismos administrativos competentes, vigilará el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las Compañías Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada”. En la práctica se aplica este principio, fundamentalmente, en las empresas del sector financiero y asegurador. Igualmente, hay organismos oficiales que controlan el funcionamiento de empresas dedicadas a prestar servicios de orden público que atañen, entre otros, al sector farmacéutico, salud, alimentario, educativo y transporte aéreo.
- 2) La sociedad anónima gira bajo una denominación. La razón de ello es para individualizarla y diferenciarla de otras sociedades,⁵⁵ por lo que el apelativo puede estar o no referida al objeto, o puede ser un nombre producto de la fantasía propuesto por el promotor o por los accionistas,⁵⁶ también puede indicarse algún nombre de persona.⁵⁷ Sin embargo, en cualquier caso, debe expresarse que es una compañía anónima, bien enunciando los vocablos de manera completa, es decir “compañía anónima” o “sociedad anónima”, o simplemente con la indicación de las siglas que usualmente se utilizan para identificarlas, es decir, “S.A.” o “C.A.”, legibles sin dificultad.⁵⁸
- 3) El capital está representado en acciones. La acción es un título negociable (aunque físicamente no se haya emitido), que representa una parte

⁵³ Ver artículo 291 del Código de Comercio. Ver nota 2.

⁵⁴ Ver artículo 310 del Código de Comercio.

⁵⁵ Ver notas 23 y 24.

⁵⁶ Ver nota 23, la diferencia entre fantasía e imaginación.

⁵⁷ Ver nota 23, la diferencia entre razón social y denominación social.

⁵⁸ Ver artículo 202 del Código de Comercio.

alícuota del capital social,⁵⁹ que otorga a su tenedor los derechos contemplados estatutariamente o establecidos en la ley.⁶⁰ La normativa contempla que las acciones pueden ser nominativas o al portador,⁶¹ salvo que no estén íntegramente pagadas, supuesto en el cual, necesariamente, deben ser nominativas.⁶² En caso que la sociedad emita el título, este debe contener las menciones indicadas en el artículo 293 del Código de Comercio.⁶³

⁵⁹ La acción puede tener un valor superior o inferior al de su valor nominal. Por ejemplo, una sociedad cuyo objeto sea la construcción, y el valor nominal de sus acciones es de Bs. 1.000,00, gana una licitación para construir una represa, lo que generará ingresos importantes, por lo que el patrimonio de la sociedad se incrementará ampliamente, al dividir el patrimonio entre el número de acciones, tendríamos que la acción tendría un valor superior. Así mismo, puede tener un valor de mercado, diferente al valor nominal o a su valor de libros.

⁶⁰ Puede suceder que en algunos casos restrinjan para alguna clase de acciones los derechos; por ejemplo, pueden emitirse acciones que no tengan derecho a voto en las asambleas, de manera general, o para algunas decisiones. Sin embargo, es necesario acotar que, las acciones que tengan las mismas características, necesariamente, deben tener el mismo valor y los mismos derechos.

⁶¹ Ver aparte único del artículo 292 del Código de Comercio. Sin embargo, es conveniente aclarar que cuando Venezuela suscribió el Acuerdo de Cartagena en 1969, las acciones de las sociedades anónimas solamente podían adoptar la forma nominativa, por aplicación del artículo 9 de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (antes artículo 45 de la Decisión 24), que constituía el instrumento legal de la Comunidad Andina de Naciones. En consecuencia, existía una prohibición de emitir acciones al portador para los países signatarios del Acuerdo de referencia; dicha decisión se aplicó en Venezuela, dejando sin efecto lo dispuesto en el Código de Comercio, en cuanto la emisión de las acciones al portador para las sociedades. Por ello, a partir de la indicada oportunidad, en Venezuela, no se permitió la emisión de acciones al portador en las sociedades o compañías anónimas. Obviamente, que con esa decisión no había posibilidad de ocultar la identidad del accionista, porque debía indicarse quien era su propietario en el Libro de Accionistas de la sociedad, por mandato del artículo 296 del Código de Comercio. Sin embargo, la situación cambió con el anuncio -el 19 de abril de 2006- de la salida de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones, que se hizo efectiva en el 2011, cuya consecuencia, en este tema, fue la eliminación de la prohibición de emitir acciones al portador dispuesta por el Acuerdo de Cartagena. Por tanto, hoy en día, en Venezuela, es posible de conformidad con lo establecido en el citado artículo 292 del Código de Comercio emitir acciones al portador por parte de sociedades de comercio. No obstante, debe indicarse que, en la práctica, no ha sucedido.

⁶² Ver artículo 294 del Código de Comercio.

⁶³ El artículo 293 del Código de Comercio exige que en el título representativo de la acción, se indique lo siguiente: 1) El nombre de la sociedad, su domicilio, lugar en el que se encuentran inscritos los estatutos y los datos de registro; 2) El monto del

- 4) La responsabilidad del accionista se limita al aporte acordado. Este es un elemento diferenciador con respecto a las sociedades de personas. En efecto, en la sociedad en nombre colectivo, todos los socios responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones contraídas por la sociedad. En la compañía en comandita, las obligaciones sociales están garantizadas ilimitada y solidariamente por uno o más socios (comanditantes), o por la responsabilidad limitada a una suma determinada por uno o más socios (comanditarios). En la sociedad anónima, las obligaciones sociales están solamente garantizadas por el capital de la compañía o por los bienes propiedad de esta, por lo que el accionista solamente responde por el aporte prometido.⁶⁴ Esta limitación también se extiende a los administradores de la sociedad, salvo que se extralimiten en las atribuciones establecidas estatutariamente.⁶⁵
- 5) La condición de accionista no otorga derecho a administrar a la sociedad. La circunstancia de ser accionista de una compañía anónima no lleva implícito el derecho de administrarla; sin embargo, podrían ser designados administradores, de acuerdo con lo que establezcan los estatutos sociales, de no existir previsión alguna, en contra, pueden ser designados para gestionar a la empresa. No puede perderse de vista, que la ley exige que los administradores depositen en la caja social, un número determinado de acciones, por los estatutos, a fin de garantizar la gestión de los administradores,⁶⁶ por lo que, si el administrador no es accionista, para cumplir con dicho requerimiento, alguno de los accionistas debe hacer el depósito de las acciones.⁶⁷

3. ¿Qué son las acciones de una sociedad anónima?

Debe indicarse que el Código de Comercio de Venezuela no contiene una definición de “acción”; pero, si quisiéramos conceptualizarla, podemos afirmar que la **acción es una unidad de medida o una parte alícuota del capital social,**

capital, valor de la acción, si existen diversas clases de acciones y las preferencias, de existir; 3) La fecha estatutaria en la que debe celebrarse la asamblea anual ordinaria; y 4) la duración de la sociedad.

⁶⁴ Ver artículo 201.3 del Código de Comercio. Sin embargo, si el accionista no cumple con el pago de las cuotas debidas por las acciones suscritas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 295 *eiusdem*, la sociedad puede hacer vender los certificados por cuenta del accionista, de la forma indicada en la citada norma.

⁶⁵ Ver artículo 243 del Código de Comercio.

⁶⁶ Ver artículo 244 del Código de Comercio.

⁶⁷ Sobre este aspecto, puede consultarse a S. Yannuzzi Rodriguez, “¿Puede el comisario de una sociedad de comercio comprobar la subsistencia de la garantía que deben prestar los administradores para asegurar la responsabilidad que pudiera derivarse del desempeño de sus cargos?”, en *Revista de Derecho Mercantil Digital*, Número 2, en homenaje al Dr. Luis Corsi Olivieri.

que puede o no estar representada por un título, pero que otorga la cualidad de accionista a quienes resulten ser los tenedores legitimados. Es decir, la acción encarna uno de los elementos característicos de las sociedades anónimas, como se ha apuntado anteriormente, porque es representativo del capital como conjunto de los aportes efectuados por los accionistas.

La acción, en la sociedad anónima, como se ha sostenido precedentemente, es un título negociable (aunque físicamente no se haya emitido), que representa una parte alícuota del capital social,⁶⁸ indivisible por su naturaleza, que otorga a su tenedor los derechos contemplados estatutariamente o establecidos en la ley,⁶⁹ como legítimo accionista.

Por otra parte, como se ha indicado *supra*, las compañías anónimas son sociedades de capital, la acción es la esencia demostrativa de la existencia de ese capital, debido a que representa una fracción del capital, de manera idealizada, porque el capital de la sociedad no puede ser objeto de división, como veremos.

El número de acciones que corresponde a cada accionista va a depender del aporte que haya realizado o que se haya comprometido a realizar, por lo que cada accionista podría tener una cantidad distinta de acciones, por la diferencia de los aportes realizados, de acuerdo con el valor que se le haya asignado a la acción. Esta circunstancia, en modo alguno, crea un desbalance para la sociedad.

En efecto, las acciones que conforman el capital de las sociedades anónimas, necesariamente, deben tener un valor asignado por mandato legal, tal como lo estipula el ordinal 4° del artículo 213 del Código de Comercio, al señalar que el documento constitutivo y los estatutos de las sociedades anónimas deben enunciar “el número o valor nominal de las acciones, expresando si estas son nominativas o al portador, si las nominativas pueden convertirse en acciones al portador, y viceversa”, lo que debe concatenarse con el dispositivo del artículo 292 *eiusdem* que dispone “las acciones deben ser de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, si los estatutos no disponen otra cosa”; es decir, que el valor asignado a cada acción se corresponde proporcionalmente con el número de acciones emitidas de acuerdo al capital suscrito, importe que puede variar por modificaciones del capital (aumento o restricción) o de acuerdo al patrimonio de la compañía, en el futuro.⁷⁰

El profesor Morles manifiesta que el valor nominal es invariable,⁷¹ concepto con el estamos de acuerdo, mientras no haya una decisión para aumentar o reducir

⁶⁸ Ver nota 59.

⁶⁹ Ver nota 60.

⁷⁰ Ver nota 59.

⁷¹ A. Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 642.

el capital, lo que es absolutamente posible,⁷² enfoque con el cual el citado autor está de acuerdo.⁷³ Obviamente, que ello se refiere a la posibilidad de que el valor de la acción fluctúe, de acuerdo con las condiciones patrimoniales de la sociedad o a las oscilaciones del mercado, si la acción se cotizare en la Bolsa de Valores.

También puede darse el caso, como ocurrió en Venezuela que, por efecto de las reconversiones monetarias, las empresas tuvieron que ajustar los valores de las acciones para concordarlos con el capital reconvertido de la sociedad, y surgieron las posibilidades siguientes:

- a) En algunos casos el valor de la acción era prácticamente inexistente por lo que muchas empresas revaluaron activos para aumentar el capital y con ello, subsecuentemente, varió el valor de las acciones; los accionistas conservaron su mismo número de acciones, pero con un valor diferente al inicial por la alteración del capital de la sociedad;
- b) En algunos casos aumentaron el capital social, se aportó capital adicional, ante la disminución del capital debido a los impactos económicos,⁷⁴ y con ello establecieron el nuevo valor de las acciones;
- c) Otras sociedades optaron por limitar el capital de la sociedad, por lo que necesariamente ello conllevó a una alteración del valor de las acciones;
- d) Otras empresas resolvieron reducir el número de acciones lo que significó aplicar dicha reducción de acciones entre los socios, con lo cual las acciones variaron su valor nominal; cada accionista tenía menos acciones en su poder, pero con un valor nominal mayor cada una de ellas, que representaban el capital social. En este supuesto, quedaron fracciones de acciones al no poder completar el nuevo valor de la acción, que es lo que más adelante, en este trabajo se trata.

3.a. ¿Qué representa una acción de una sociedad anónima?

Como se ha apuntado precedentemente las acciones de una sociedad anónima es la representación ideal del capital suscrito, que por mandato legal debe reflejarse en el documento constitutivo y los estatutos de la sociedad.

Como premisa general puede afirmarse que la acción representa y especifica los derechos sociales y económicos del accionista, porque establece la porción

⁷² Consideramos que también sin producirse un aumento o reducción del capital social, el valor nominal de la acción puede variar, por ejemplo, si se reduce el número de acciones con lo cual se podría aumentar el valor nominal de cada una de las acciones en que se dividirá el capital social. Obviamente, en todos los casos, es necesario una adecuación de los estatutos sociales, de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio.

⁷³ A. Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 642.

⁷⁴ Ver artículo 264 del Código de Comercio.

que este tiene en el capital de la sociedad; y aunque nuestra legislación no lo indica expresamente, la acción es indivisible, lo que se deduce del contenido del artículo 299 del Código de Comercio que dispone, que en el supuesto de que una acción nominativa se hiciese propiedad de varias personas, la compañía no está obligada a inscribir ni a reconocer sino a una sola, que los propietarios deben designar como único dueño; es decir, no puede dividirse la propiedad de la acción.

La acción como se ha indicado es la representación de determinada parte del capital social y acredita la condición de accionista a su titular; además, por medio de esa acreditación el titular puede ejercer o hacer valer los derechos que establece la ley y que le corresponden estatutaria o legalmente. Por otra parte, le sirve a la sociedad como canal para exigirle a los accionistas la propiedad de las cosas o las cantidades prometidas y que deben transferir a la sociedad; así como la capacidad de tomar las decisiones que correspondan para la marcha de la sociedad, de acuerdo con lo establecido en los estatutos sociales, y recibir los beneficios que la sociedad eventualmente produzca.

En ese sentido, la doctrina autoral ha señalado una tripartición de las acepciones que puede otorgársele a la acción, a saber: 1) acción como parte alícuota del capital social; 2) acción como conjunto de derechos y obligaciones; y, 3) acción como título. En ese contexto, la doctrina ha venido sosteniendo que la acción como representativa de una parte o fracción del capital social, debe expresar su propio valor nominal, por lo que la suma del valor nominal de todas las acciones debe coincidir con la cifra correspondiente al capital social, que es lo expresado por Joaquín Rodríguez Rodríguez, en el sentido de que el capital social es un concepto aritmético equivalente a la suma del valor nominal de las aportaciones realizadas o prometidas por los accionistas.⁷⁵ Ello, como se ha apuntado precedentemente, implica que cada acción refleja una parte alícuota del patrimonio social, que puede diferir del capital de la compañía, además que el valor nominal está sujeto a alteración no solo por efectos del mercado sino por los procedimientos que la ley y los estatutos sociales prevean, por lo que la acción puede tener un valor nominal, un valor real y un valor de mercado, como se ha indicado.

Adicionalmente, debe señalarse que la doctrina autoral, ha puntualizado los derechos que se derivan de la tenencia de una acción, y podemos citar los siguientes: a) Los derechos de orden económico, representado por a.1) el derecho a participar en las utilidades que obtenga la sociedad; a.2) El derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación; y, a.3) El derecho de suscripción preferente en caso de emisión de nuevas acciones; b) Los derechos de carácter social, que corresponden a b.1) El derecho de asistir⁷⁶ y votar (este puede

⁷⁵ J. Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 75.

⁷⁶ Más que un derecho para el accionista, es un deber asistir a las asambleas, de conformidad con lo establecido en el artículo 272 del Código de Comercio.

suprimirse o limitarse) en las asambleas ordinarias o extraordinarias; b.2) El derecho de impugnar los acuerdos sociales;⁷⁷ y b.3) El derecho de información.⁷⁸

Como corolario de lo indicado tenemos que los derechos que la acción confiere a su titular son derechos previstos para defender el interés económico del accionista, derivado del derecho a la propiedad, el que está garantizado constitucionalmente, consagrado en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece el derecho de toda persona al “uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes”.

3.b. Principio de la indivisibilidad de la acción

Un sector importante de la doctrina autoral, como se ha expresado, ha convenido en considerar que la acción es, además de una parte alícuota del capital social, la parte o fracción alícuota mínima en que éste puede ser dividido, es decir, la parte mínima capaz de otorgar al titular la condición de accionista, y por tanto titular de los derechos y obligaciones que dicha condición implica. Aquél que no cuente con una porción de capital equivalente a una acción no puede ostentar la condición de accionista respecto de la sociedad, ni ejercer los derechos correspondientes.

El sentido esencial o la razón fundamental de este principio, que esgrime la doctrina, es evitar que se produzca el llamado voto plural, porque si cada accionista dividiera su acción y transfiriera una porción de ella, y cada nuevo titular tuviera, en consecuencia, los mismos derechos, con una porción menor, generaría una situación de caos, que no puede ser tutelada por la ley, por ser contradictoria con los fines de funcionalidad y eficiencia que la legislación mercantil persigue. En Venezuela, el Código de Comercio estipula que la sociedad no está obligada sino a reconocer a una sola persona como accionista, por lo que, si una acción se hace propiedad de varios, estos deben designar quien será el titular.⁷⁹

Señala Joaquín Rodríguez Rodríguez que como quiera que “la división del capital en acciones está hecha en la escritura constitutiva y en esta se fija el valor de cada acción, estas no pueden dividirse, porque si así no fuera, al dividirse las acciones se modificaría por voluntad unilateral el contrato social”.⁸⁰ Si bien dicha afirmación es compartida generalmente por la doctrina, encontramos que el profesor Morles Hernández considera que es posible fraccionar y reagrupar las acciones, criterio con el cual estamos de acuerdo, siempre y cuando exista un número determinado de acciones.

⁷⁷ Ver el principio de intervención privada en este trabajo.

⁷⁸ Ver artículos 288 y 306 del Código de Comercio.

⁷⁹ Ver artículo 299 del Código de Comercio.

⁸⁰ J. Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.*, p. 79.

El citado autor expresa que las acciones pueden fraccionarse en títulos de menor valor nominal, con el objeto de facilitar su negociación en el mercado bursátil, y este mecanismo permitiría que potenciales compradores accedieran al mercado, al disminuir el valor nominal; agrega el citado autor que, dicho fraccionamiento, es una modificación estatutaria por medio de la cual las participaciones accionarias son sustituidas por otras de entidad menor, permaneciendo inmutable el capital social.⁸¹

El artículo 378 del Código de Comercio Colombiano⁸² nos enseña que las acciones serán indivisibles y, en consecuencia, cuando por cualquier causa legal o convencional una acción pertenezca a varias personas, éstas deberán designar un representante común y único que ejerza los derechos correspondientes a la calidad de accionista. A falta de acuerdo, el juez del domicilio social designará el representante de tales acciones, a petición de cualquier interesado. Esta solución es la que plantea nuestra legislación, con la diferencia que es mandatorio para los copropietarios designar al que aparecerá como único dueño, pero no faculta al juez a designar al representante de tal acción.

En opinión privada del Escritorio Altra Legal, con sede en La Asunción, Paraguay, y con base al artículo 1063 del Código Civil de ese país, señala lo siguiente: “comprendemos que la indivisibilidad se refiere a las relaciones con la sociedad y no impide que la acción pertenezca en condominio a varias personas, pero en tal caso, los derechos de los propietarios deben ser ejercidos por un representante.”⁸³ Estamos de acuerdo con esa opinión, porque los copropietarios pueden pactar en permanecer en comunidad, entre ellos, pero frente a la sociedad deben designar quien será el dueño.

En el mismo dictamen, suscrito por la abogada Alejandra Aguilar se asienta lo siguiente: “tener en cuenta que la indivisibilidad afecta a la acción y no al título accionario. En consecuencia, si hubiera una agrupación de varias acciones en un solo título accionario, no habría inconvenientes en caso de fraccionar en varios títulos de menor cantidad de acciones. Para este caso, será solamente necesario un pedido de los accionistas copropietarios del título para realizar dicha modificación. Estimamos que esto es absolutamente correcto, y si se examina el artículo 299 del Código de Comercio venezolano, encontramos que este se refiere a “una acción nominativa”, ya que, si entre los copropietarios se pueden dividir proporcionalmente el número de acciones, deberían realizar la división.

⁸¹ A. Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 645.

⁸² H. Leal Pérez, *ob. cit.*, p. 235.

⁸³ Altra Legal, Artículo 1063 CC: “Las acciones son indivisibles. En el caso de copropiedad de una acción, los derechos de los coparticipes deben ser ejercidos por un representante común. Si éste no ha sido nombrado, las comunicaciones hechas por la sociedad a uno de los copropietarios son eficaces en relación a todos. Los copropietarios de la acción responden solidariamente de las obligaciones derivadas de ella”.

Por otra parte, encontramos que, dispone el artículo 240 del Código de Comercio boliviano, que las acciones son indivisibles con relación a la sociedad. En caso de existir varios copropietarios, la sociedad solo reconoce un representante común para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales, el cual será nombrado por aquellos, o por el juez existiendo desacuerdo. En este caso, se aplicarán las disposiciones del Código Civil en materia de condominio. Esta disposición contiene la misma solución contemplada en el Código colombiano al que se ha hecho referencia con anterioridad.

En dictamen privado del Dr. Iver von Borries,⁸⁴ expresa lo siguiente: “en vista de los conceptos delineados, se tiene que la figura de acción societaria adquiere una multiplicidad de significados, con lo que, una sola definición no basta para comprenderla a cabalidad, a pesar de ello, un rasgo peculiar –que es compartido por la legislación comparada y que es acogido por la legislación boliviana- que la caracteriza es de asimilarla como aquella que representa a cada una de las partes que componen el capital social de una sociedad.

En cuanto al fraccionamiento sostiene “respecto al fraccionamiento de la acción societaria, se concluye que el mismo hace referencia únicamente a la división de acciones de igual valor. Por otra parte, el principio de indivisibilidad de la acción opera por mandato expreso de la ley.

Aclara el profesor Morles que dicho fenómeno no debe confundirse con la división, habida cuenta que nuestra legislación consagra el principio de la indivisibilidad de acciones, conforme al cual, si una acción nominativa se hace propiedad de varias personas,⁸⁵ como indicamos *supra*, la compañía no está obligada a inscribir ni reconocer sino a una sola,⁸⁶ que los propietarios deben designar como único dueño.⁸⁷ En ese mismo sentido se manifiesta Garrigues, y expresa que si bien el valor numérico de la acción, sin duda, puede dividirse entre varias personas, la cualidad de socio que la acción atribuye es indivisible. Por ello, afirma Garrigues, que si por herencia o por otro título una acción fuese adjudica a varios, tendrían que nombrar entre ellos un representante que ejerciese unipersonalmente los derechos de socio.⁸⁸ Solución, como veremos, contempla nuestra legislación.

Por otra parte, cuando Morles se refiere al reagrupamiento indica que el valor nominal de la acción puede ser aumentado, caso en el cual se canjearían las

⁸⁴ I. Von Borries, abogado de la Universidad Privada de Santa Cruz. Especialista en Derecho Corporativo de la Universidad Católica Boliviana.

⁸⁵ Una acción nominativa de una sociedad anónima puede pasar a ser de la propiedad de varias personas, por ejemplo, por una sucesión *mortis causa*.

⁸⁶ Ver artículo 299 del Código de Comercio.

⁸⁷ A. Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 646.

⁸⁸ J. Garrigues, *ob. cit.*, p. 129.

acciones anteriores por nuevas de mayor nominal, sin alterar el capital social.⁸⁹ En este caso podrían quedar saldos de las acciones, lo que alerta Morles, y a lo que nos referiremos *infra*.

El principio de indivisibilidad de la acción ha sido focalizado por diversos autores, de la manera siguiente:

1) El criterio flexible. De acuerdo con este criterio, la acción representa la porción o fracción alícuota mínima en que el capital puede ser dividido, además de ser una fracción alícuota del capital social. Es decir, ninguna fracción menor puede otorgar a una persona la condición de accionista.

2) El criterio rígido. Asumiendo este criterio, se da al principio de indivisibilidad de la acción un significado muy estricto: el accionista no puede separar uno o más de los derechos integrantes de dicha condición y cederlos separadamente, o reservárselos al transferir la propiedad de la acción, de manera que queden atribuidos a una persona distinta del titular de la acción y los restantes derechos de accionista; es decir, la condición de accionista que aparece representada como una parte alícuota del capital social y cuya extensión determina sus derechos y deberes, abarca toda una serie de relaciones jurídicas que forman un todo inseparable.

Como se indicó al tratar el punto de lo que representa una acción, que, si bien la legislación venezolana no lo revela expresamente, estimamos que se aplica el criterio rígido, es decir, la acción es indivisible, de acuerdo con el contenido del citado artículo 299 del Código de Comercio.

4. La exclusión de socios

Señala Cororina Cardozo que la exclusión de accionistas es un mecanismo que el ordenamiento jurídico le ha otorgado a determinadas estructuras societarias, con el ánimo de que estas, autónomamente y bajo ciertos parámetros legales, decidan en qué circunstancias y bajo qué procedimiento la sociedad optará por excluir a uno de sus asociados,⁹⁰ por lo que no es frecuente encontrar en las legislaciones disposiciones que regulen la exclusión de accionistas de una sociedad, y hay algunas que incluso prohíben que se pacte en los estatutos sociales una cláusula que prevea esta situación, por considerar que se pueden vulnerar derechos de los accionistas o pueden utilizarse de manera coercitiva o que podría ser discriminatoria. Sin embargo, la citada autora expresa que la exclusión forzosa también puede configurarse en la celebración de negocios jurídicos de diversa

⁸⁹ *Ídem*.

⁹⁰ C. Cardozo-Molina, “El mercado de valores venezolano: una aproximación a su eficiencia”, *Visión Gerencial*, Universidad de Los Andes, núm. 2, Julio, Venezuela, 2019, pp. 290-304. Tomado de la página web file:///C:/Users/Salvador/Downloads/EI%20mercado%20de%20valores%20venezolano.pdf, consulta realizada el 15 de mayo de 2022.

naturaleza; y cita como ejemplo, un proceso de fusión de sociedades, en el que considera que es admisible concertar que los accionistas minoritarios de una sociedad absorbida reciban dinero, en vez de redimir acciones en la sociedad absorbente.⁹¹

La aludida autora hace un recorrido por el derecho comparado y expone que, en Colombia, la exclusión de accionistas no es novedosa, ya que el legislador de ese país en el Código de Comercio había establecido diversas causales -taxativas- que permitían utilizar dicha figura, con una relativa efectividad no solo por su limitación divorciada de la realidad societaria colombiana; además, de no ofrecerle a quienes aspiraban utilizarlas, una solución rápida. Agrega, que el Código de Comercio de ese país, establece que la Sociedad Anónima sólo podrá excluir a un asociado cuando este se encuentre moroso de cumplir con el pago de su aporte, pues se venderán a cuenta y a riesgo de este las acciones que este hubiere suscrito.⁹² Veremos que esta solución está contemplada en el Código de Comercio venezolano.

Agrega la autora de referencia que la Superintendencia de Sociedades de ese país,⁹³ durante los últimos tres lustros ha mantenido una misma dirección en cuanto a la exclusión de accionistas en la sociedad anónima, sin que se vislumbre un cambio, por lo que ha considerado que, ante la ausencia de normativa que lo autorice, no será posible por analogía aplicar las reglas de la exclusión a la sociedad anónima, lo que la convierte en una figura plenamente incompatible a esta modalidad societaria.⁹⁴

Al referirse a los Estados Unidos, la profesora citada expresa que, en ese país, el sistema societario ha flexibilizado la existencia de cláusulas Squeeze-Out, pues en esa legislación se permite excluir a un accionista de una sociedad siempre y cuando dicha operación se dé en el marco de una negociación justa que no afecte las garantías del socio excluido.⁹⁵ Es decir, que, si bien deben ofrecerse garantías para ello, es posible excluir socios de una compañía anónima, independientemente del derecho de propiedad que le incumba como tender de acciones de una sociedad.

Con respecto a la legislación peruana, Cardozo afirma que el marco jurídico de ese país, cuenta con una disposición o cláusula general respecto la exclusión de accionistas, que depende del tipo de sociedad, pues de acuerdo a la forma societaria adoptada (limitada, colaborativa, anónima cerrada, etc.) se tendrá una serie de regulaciones específicas que lleven a la correcta aplicación de una eventual exclusión de accionistas; pero, aclara, que con respecto a la sociedad

⁹¹ *Ídem.*

⁹² *Ídem.*

⁹³ En Venezuela no existe un organismo similar.

⁹⁴ C. Cardozo-Molina, *ob. cit.*

⁹⁵ *Ídem.*

anónima la situación es otra, pues no presenta una regulación específica para efectuar la exclusión de accionistas, solamente se permite su ejercicio contra el socio que se encuentra moroso respecto al pago de sus aportes, disposición contenida en la Ley General de Sociedades de Perú.⁹⁶

Nosotros, debemos agregar que, en la legislación venezolana, no existe alguna disposición que expresamente permita excluir a los accionistas de una sociedad anónima; sin embargo, encontramos que el artículo 295 del Código de Comercio permite dicha exclusión en el supuesto de falta de pago de cuotas debidas por acciones suscritas, caso en el cual la sociedad puede hacer vender, mediante un corredor o en pública almoneda, por cuenta del accionista, los certificados, quedando a salvo el derecho de obrar contra el suscriptor y el cesionario para el pago de la suscripción. Si bien, la norma contempla que el adjudicatario de la acción se subroga en todos los derechos y obligaciones del accionista, este no se libera, ya que queda subsidiariamente responsable del cumplimiento de las obligaciones. Solución con la cual Garrigues manifiesta su conformidad.⁹⁷

Agrega la norma, que si puesta en venta la acción, no hubiere oferta, la compañía puede anularla, y puede aprovecharse de los pagos hechos a cuenta de ella.

Es decir, implícitamente, en dichos supuestos, se permite excluir al accionista como socio de la compañía, debido a la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la sociedad. Ello tiene sentido, habida cuenta que, el capital de la compañía sirve para responder de los compromisos asumidos por esta.

5. La fracción de la acción y los accionistas

Tal como se señaló precedentemente, los accionistas de una sociedad anónima, entre otras, pueden decidir reagrupar las acciones de la empresa para aumentar el valor nominal de las acciones, por lo que se canjearían las acciones viejas por acciones nuevas de un mayor valor nominal, sin alterar el capital social.⁹⁸ Sin embargo, como bien apunta el profesor Morles Hernández, el

⁹⁶ *Ídem.*

⁹⁷ J. Garrigues, *ob cit.*, p. 168.

⁹⁸ Este planteamiento que hace Morles Hernández ha tenido vigencia en Venezuela después de las reconversiones monetarias que se han sucedido. En Venezuela se han producido tres reconversiones monetarias, la primera se implementó en 2008, la segunda en 2018 y la tercera en 2021. En total, se le han retirado 14 ceros al bolívar, lo que ha conllevado a que los valores nominales de las acciones se hayan convertido en nada. Por ejemplo, una acción cuyo valor nominal para el año 2008 era de Bs. 1.000,00, por efecto de las reconversiones monetarias, su valor actualmente sería de 0,00000000001. El capital de la sociedad se adecuó, también, a las reconversiones,

reagrupamiento de acciones puede conllevar a que algún accionista pueda quedar con saldos o restos de acciones, al no representar esos saldos o restos múltiples del índice de reagrupamiento.⁹⁹

A los fines de trabajar la problemática, pongamos un ejemplo. Tenemos que una empresa constituida bajo la forma de sociedad anónima, es decir, una sociedad de capitales, que se encuentra activa, es decir se dedica a la realización de su objeto social, de conformidad con lo establecido en sus estatutos sociales. El valor nominal actual de la acción, de la aludida empresa, es de Bs. 0,001 por cada acción (por efecto de la reconversión monetaria), y los accionistas desean llevarlo a Bs. 1.000,00 por acción; es decir, pretenden ajustar el valor de la acción, de acuerdo con lo antes expresado. Para ello, tienen la intención de reducir el número de acciones en circulación, que alcanzan la cantidad de 2.610.000.000.000, para llevarlo a la cantidad de 2.610.000 acciones de Bs. 1.000,00 cada una. Obviamente que, como consecuencia de dicho proceso, algunos accionistas van a terminar con una fracción de acción, lo que genera el inconveniente al que se ha hecho referencia, debido a que las acciones no son divisibles.

Ante la circunstancia planteada, podría la asamblea de accionistas, resolver que dentro de un plazo que determine esta (por ejemplo, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la celebración de la asamblea que acuerde el ajuste del valor de la acción), los accionistas opten por alguna de las alternativas siguientes: a) renunciar a su derecho de mantener la fracción, y recibir como compensación el importe de ella, calculada al valor de libro, de acuerdo a la certificación que expida el comisario de la sociedad; b) pagar en efectivo el monto necesario para completar una acción, es decir, para pagar el valor fijado para cada acción, Bs. 1.000,00; c) negociar con otro accionista o algún tercero interesado su fracción, para que este complete el nuevo valor nominal fijado a la acción o entere el monto suficiente para cubrir dicho valor nominal; y d) en caso de no optar por las opciones anteriores, bien por no querer o por no haber asistido a la asamblea, la empresa emitirá un cheque a favor del accionista por el monto en Bolívares, equivalente al valor de la fracción.

Ante la situación que hemos planteado, consideramos que deben resolverse los aspectos siguientes:

- 1) ¿Podría otorgarse a los accionistas que terminan con una fracción de acción, el indicado plazo de 30 días para pagar la diferencia y completar así una acción adicional, en caso de ajuste del valor de la acción; y, en caso de no hacerlo, ¿se entiende que ha desistido de su derecho a suscribir su acción adicional?

por lo que ese valor era representativo del capital social, lo que es distinto al patrimonio de la empresa, tal y como se ha indicado en este trabajo. Ver nota 59.

⁹⁹ A. Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 646.

- 2) En el supuesto de que no suscriba la acción adicional, ¿que se haría con la fracción, si el accionista no aparece o no manifiesta su voluntad, de acuerdo con las opciones ofrecidas por la asamblea que acuerde el ajuste del valor de la acción?

En el caso de que algún accionista de la sociedad quede con un remanente fraccionado, en virtud del reagrupamiento de las acciones, consideramos que las tres alternativas planteadas son absolutamente válidas, por ser consecuencias del derecho de propiedad, que como se expresó precedentemente está tutelado constitucionalmente, como lo son:

a) renunciar a su derecho de mantener la fracción, lo que constituye una decisión libre del accionista. En esta alternativa no habría inconveniente alguno, dado que el accionista renunciante a mantener su fracción no tiene aspiración alguna en mantenerse como socio de la compañía; es una decisión libérrima que puede tomar, caso en el cual se le reintegraría el valor de la fracción respectiva, de acuerdo con el valor libros de la acción, certificada por el comisario de la sociedad.

b) Pagar en efectivo el monto necesario para completar una acción, en este supuesto el accionista ha manifestado su voluntad de aportar el monto respectivo para completar el valor asignado a la acción, por lo que, tampoco habría problema alguno debido a que el accionista hace un desembolso para cubrir el monto correspondiente al nuevo valor asignado a la acción, monto que debe enterar en la caja social, de acuerdo con lo decidido en la asamblea respectiva.

c) Negociar su fracción con otro accionista o un tercero, en este caso el accionista puede ceder ese derecho, a cambio de una suma de dinero (venta del derecho), o intercambiarlo por otro bien (permuta), o realizar una liberalidad (donación) con otro accionista para que este complete con las fracciones negociadas o con la aportación del monto suficiente para acreditarse como titular de una acción, con lo cual quedaría solventado el asunto.

Urdaneta Fontiveros, es de la opinión de que, si los estatutos de la sociedad no consagran prohibición o limitación a la negociación de los derechos de suscripción por parte de los accionistas de la compañía, estos podrán ceder o negociar sus derechos, caso en el cual el cesionario sustituye al accionista en el plano de las relaciones jurídicas que vinculan a este con la sociedad y, consecuencialmente, podrá ejercer el derecho a suscribir acciones de la compañía.¹⁰⁰

¹⁰⁰ E. Urdaneta Fontiveros, “Emisión de acciones a valor nominal y acciones con prima. El derecho preferente de suscripción de acciones en el derecho venezolano”, separata de la *Revista de Derecho Mercantil*, Nos. 22-23, Año IX, Caracas, 1997-2000, p. 115.

Agrega el citado autor que la enajenación del derecho puede ser el único medio de salvaguardar los intereses patrimoniales del accionista en el supuesto de que este no disponga de medios suficientes para acudir a la suscripción.¹⁰¹

Aarons sostiene certeramente que, “no hay disposición alguna en la legislación nacional vigente que prohíba que las fracciones de acciones sean agrupadas por diferentes medios legales para permitir que los tenedores de tales fracciones puedan alcanzar numéricamente una unidad accionaria, con el fin de que le sean acreditados plenamente sus derechos societarios. Cuando los tenedores de las fracciones alcancen una unidad accionaria mediante cualquier mecanismo aceptable para la sociedad anónima, éstos deberán designar a un titular para el ejercicio de los derechos de socio, no estando la sociedad por acciones obligada a inscribir ni a reconocer a todos los copropietarios, sino a uno únicamente”.¹⁰² Nosotros, pensamos que los tenedores de fracciones pueden llegar a cualquiera de los acuerdos indicados *supra*, sin que deban mantener la copropiedad. Sin embargo, si entre ellos convinieran en agrupar las fracciones para lograr una unidad, la solución planteada por Aarons la consideramos correcta.

Ahora bien, qué sucedería si se estipulara un plazo a fin de que el accionista pague el monto necesario para completar una acción, que sería el supuesto “b” antes indicado, con la advertencia de que si no se realiza el pago (enterar en caja el respectivo monto) en el plazo establecido se considerará que ha desistido o renuncia de su derecho a suscribir su acción adicional. Dicha estipulación ¿se puede estimar válida?, y si el accionista no cumple con lo prometido, ¿qué podría hacer la sociedad?

En primer lugar, pensamos que una estipulación como la indicada, en el sentido de fijar un plazo para enterar -en la caja social- el aporte prometido, es absolutamente válida, por lo que el accionista tendría ese lapso para realizar el aporte prometido. Si el accionista incumple con su proposición, la sociedad pudiera hacer vender el certificado respectivo, tal y como se ha indicado precedentemente, en el sentido de que si bien el artículo 209 del Código de Comercio establece que el socio que incurra en mora en la entrega de su aporte queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios, que es una alternativa que ofrece la ley a la sociedad; pero si el aporte consista en dinero efectivo, además de satisfacer los intereses moratorios debe resarcir los mayores perjuicios que hubiere originado la demora. Sin embargo, como se ha apuntado anteriormente, la norma deja a salvo lo dispuesto en el artículo 295 que dispone, que en el caso de falta de pago de cuotas debidas por acciones suscritas, la sociedad puede hacer vender los certificados por cuenta del accionista, que es lo que correspondería en

¹⁰¹ *Ídem.*

¹⁰² Fred Aarons, “Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y el fraccionamiento de las acciones societarias”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Número 7, Sociedad Venezolana de Derechos Mercantil, Caracas, p. 52.

ese supuesto y pudiera adquirirla otro accionista o un tercero interesado, por lo que puede ser excluido como accionista, y el adjudicatario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del accionista, pero la ley no lo libera, ya que queda solidariamente responsable del cumplimiento de esas obligaciones.

Pero, si puesta venta la acción no hubiere oferta, la compañía puede anularla y aprovecharse de los pagos hechos a cuenta de ella.

Cuando el accionista no manifiesta su interés en suscribir alguna de las nuevas acciones y tampoco negocia la fracción, tenemos que no existe en Venezuela una disposición de que se pasen a reserva, como existe en otros países; tampoco se pueden desechar porque equivale a disponer de un derecho, del cual solo puede hacerlo el accionista, por ser su propiedad. Tampoco es posible aproximar dichas fracciones a la unidad, por cuanto con ello se excedería el número de acciones representativas del capital. En consecuencia, tenemos que las acciones en que está dividido el capital de una compañía, son unidades completas. El capital tanto para efectos legales como contables es la suma de tantas partes alícuotas como se acuerde previamente, teniendo en cuenta el valor nominal que se le haya asignado a cada acción, y, por ende, de presentarse fracciones, es necesario que, entre los accionistas titulares de ellas, se proceda a realizar las negociaciones pertinentes hasta completar el valor de una acción, con el fin de que les correspondan acciones enteras a los que finalmente se queden con ellas.

Entonces, ¿qué hacer en caso de que un accionista no escoja algunas de las alternativas dentro del plazo acordado o que, simplemente, no aparezca?

Con fundamento en la teoría de la normalidad, lo usual es que el accionista que tenga alguna fracción, de acuerdo a lo antes expresado, es que escoja alguna de las alternativas ofrecidas y se soluciona el asunto, por la manifestación de voluntad en cualquiera de las opciones señaladas; pero si el accionista no aparece para manifestar su voluntad y no puede ubicarse, y con vista a que la empresa no puede mantener en reserva las fracciones de las acciones, por no existir esa figura en el ordenamiento jurídico venezolano, ni puede considerarse a la persona que tenga una fracción de una acción como accionista de la empresa, por lo que no puede anotarse en el Libro de Accionistas, por dicha fracción; pero, si el tenedor de la fracción, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la celebración de la asamblea que acuerde el ajuste del valor de la acción, no ha renunciado a su derecho de mantener la fracción, pero no ha manifestado su deseo de completar el monto correspondiente al valor nominal de la acción que se haya estipulado, la empresa debe emitir un cheque a favor del tenedor de la fracción por el monto en Bolívares, equivalente al valor de la fracción, con lo cual se le compensará económicamente con el importe de dicha fracción, de acuerdo al valor de libro de la acción certificado por el comisario de la sociedad, en virtud de que el capital debe estar totalmente suscrito y enterado en caja de conformidad con lo decidido por la asamblea, solución que plantea el artículo 282 del Código de Comercio para aquellos accionistas que no convengan en el reintegro o en el aumento del capital

social. En el caso de que el accionista se haya comprometido a pagar el monto correspondiente al valor nominal fijado para la acción, y no ha pagado en efectivo el monto necesario para completar una acción, debe aplicarse lo establecido en el artículo 209 del Código de Comercio o lo establecido en el artículo 295 *eiusdem*, antes explicado. En caso de que el tenedor de la fracción no haya negociado con otro accionista su fracción o no apareciere, por no estar enterado de lo decidido en la asamblea, estimamos que debe cumplirse con lo adoptado en esta.¹⁰³ Sin embargo, esta solución no es aceptada pacíficamente por la doctrina. Veamos.

En México la Superintendencia de Sociedades, mediante oficio fechado el 21 de septiembre de 2015, dictaminó que las fracciones de acciones únicamente podrán ser negociadas hasta completar la unidad.¹⁰⁴ Sin embargo, la misma superintendencia aclaró que los conceptos que ella emite en atención a las consultas formuladas sobre las materias de su competencia tienen sentido general y abstracto y en esa medida no tiene carácter vinculante, ni comprometen su responsabilidad. Por tanto, puede considerarse que es una opinión que se emite sin consecuencias legales.

En el dictamen contenido en el citado oficio, la superintendencia consideró que primero tenía que referirse a las disposiciones estatutarias de la sociedad, segundo a las regulaciones de las normas legales contempladas para la sociedad anónimas y, en su defecto, por las disposiciones generales previstas para las sociedades reguladas en el Código de Comercio, en tanto no resulten contradictorias. Dicho organismo, con fundamento al dispositivo del artículo 389 del Código de Comercio mexicano, dejando a salvo alguna disposición estatutaria o del máximo órgano social, si al aplicar la proporción llegaran a resultar fracciones de acciones el o los titulares de tales fracciones, determinó que únicamente podrán negociarlas hasta completar la unidad a partir del aviso de oferta para suscripción de acciones. Cuando las fracciones no fueren negociadas deben pasar a la reserva, pues desecharlas equivale a disponer de un derecho, del cual sólo puede hacer el accionista. Tampoco es posible, de acuerdo con la mencionada superintendencia, la aproximación de dichas fracciones a la unidad,

¹⁰³ Debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272 del Código de Comercio, es una obligación del accionista de asistir a las asambleas que se convoquen. Adicionalmente, es necesario indicar que de conformidad con el dispositivo del artículo 277 *eiusdem*, la asamblea se convoca por prensa, salvo que estén presentes todos los accionistas. Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 283 *eiusdem*, de las decisiones, medidas y acuerdos adoptadas en la asamblea se dejará constancia en el acta que se levante. Finalmente, el dispositivo del artículo 289 *eiusdem* determina que las decisiones de la asamblea, dentro de los límites de sus facultades, son obligatorias para todos los accionistas, aun para los que no hayan concurrido a ella.

¹⁰⁴ Tomado de la página web: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/legal/Legal/octubre/cuarta/fracciones%20de%20acciones%20OFICIO%202020-126112.pdf>, consultado el 15 de mayo de 2022.

por cuanto con ello se excedería el número de acciones ofrecidas. En consecuencia, las acciones en que está dividido el capital de una compañía, incluida una sociedad por acciones simplificada, son unidades completas; la aluda superintendencia concluye en que el capital tanto para efectos legales como contables, es la suma de tantas partes alícuotas como se acuerde previamente, teniendo en cuenta el valor nominal que se le haya asignado a cada acción, y por ende, de presentarse fracciones o decimales de acciones, es necesario que entre los accionistas titulares de las mismas, se proceda a realizar las negociaciones pertinentes entre los asociados hasta completar el valor de una acción, con el fin de que les correspondan acciones enteras a los que finalmente se queden con ellas.

En Venezuela los registradores mercantiles se han negado a inscribir un acta de asamblea sin que se acompañe constancia autentica de la renuncia a suscribir y pagar la cantidad correspondiente para completar el valor de la acción o que la fracción la ha negociado con otro accionista.

6. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir en lo siguiente:

- 1) La asamblea de accionistas puede ajustar el valor de las acciones que representa una parte del capital social de la empresa.
- 2) El ajuste del valor de la acción podría conllevar a que quedaran algunas fracciones de acciones, que no permitan completar una acción adicional.
- 3) En caso de que quede alguna fracción de las acciones, debido a la reestructuración planteada, es absolutamente lícito que la asamblea acuerde que los accionistas pueden: a) renunciar a su derecho de mantener la fracción; b) pagar en efectivo el monto necesario para completar una acción; c) negociar con otro accionista su fracción; dentro del plazo que a tal fin determine la asamblea de accionistas.
- 4) En el caso de que algún tenedor de una fracción de la acción, durante el lapso establecido, no seleccionare ninguna de las opciones indicadas, y como quiera que la empresa no puede mantener en reserva ninguna fracción, es razonable que se compense económicamente al tenedor de la fracción, para lo cual se tomará el valor de libro de la acción, certificado por el comisario de la sociedad.
- 5) Si el tenedor de la fracción opta por el compromiso de pagar la diferencia para completar el valor nominal de la acción y no lo hace, la sociedad facultativamente puede aplicar el dispositivo del artículo 209 o del 295 del Código de Comercio.

- 6) La fracción no otorga cualidad de accionista a su tenedor.
- 7) No es posible pasar a reserva las fracciones que no fueron negociadas, por no existir esa figura en nuestra legislación, por lo que no podría anotarse en el Libro de Accionistas.
- 8) En el supuesto de que se emita un cheque por la fracción, podría haber la posibilidad de un reclamo de ese interesado, de acuerdo con la tesis sustentada por los registradores mercantiles de Venezuela.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARONS, Fred, “Consideraciones acerca del principio de indivisibilidad y el fraccionamiento de las acciones societarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, Número 7, Sociedad Venezolana de Derechos Mercantil, Caracas.

ARISMENDI (hijo), José Loreto, *Tratado de las sociedades civiles y mercantiles*, Cuarta Edición, revisada, aumentada y adaptada a la legislación vigente, Gráficas Armitano, C. A., Caracas, 1976.

CARDOZO-MOLINA, Cororina del Carmen, “El mercado de valores venezolano: una aproximación a su eficiencia”, *Visión Gerencial*, núm. 2, Universidad de Los Andes Venezuela, Julio, 2019. Tomado de la página web <file:///C:/Users/Salvador/Downloads/EI%20mercado%20de%20valores%20venezolano.pdf>.

GARRIGUES, Joaquín, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Quinta Edición, Silverio Aguirre Torre, Impresor, Madrid, 1953.

HUNG Vaillant, Francisco, *Sociedades*, Colección Estudios Jurídicos No. 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

LEAL PERÉZ, Hildebrando, *Código de Comercio*, Editorial Leyer, 2011.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II. Las sociedades mercantiles Manuales de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Itesm, Monterrey, 1947.

URDANETA FONTIVEROS, Enrique, “Emisión de acciones a valor nominal y acciones con prima. El derecho preferente de suscripción de acciones en el derecho venezolano”, *Separata de la Revista de Derecho Mercantil*, Nos. 22-23, Año IX, 1997, Caracas.

URIA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio (Coords), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Editorial Civitas, 2001.

YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador. “¿Puede el comisario de una sociedad de comercio comprobar la subsistencia de la garantía que deben prestar los administradores para asegurar la responsabilidad que pudiera derivarse del desempeño de sus cargos?”, *Revista de Derecho Mercantil Digital*, Número 2, en homenaje al Dr. Luis Corsi Olivieri.

Páginas consultadas

<https://www.google.com/search?q=diccionario+espa%C3%B1ol&oq=Dicc&aqs=chrome.1.69i57j35i39l2j0i67i433j0i67j0i67i131i433l2j0i67j0i67i131i433j0i67.5214j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8#dobs=Imaginacion>.

<https://www.traviesoevans.com/wp-content/uploads/gacetas/2019/02-febrero/2019-02-07-41581.pdf>

LAS RECONVERSIONES. EFECTOS EN EL VALOR DEL CAPITAL Y DE LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. POSIBLES MEDIDAS Y CONSECUENCIAS

*Inés Parra W.**

SUMARIO

Las normas de reconversión aplicables al capital y las acciones. ¿Qué se puede hacer para incrementar el valor reconvertido de las acciones? Posibilidad de mantener el valor nominal reconvertido de las acciones. ¿Es necesario aumentar el capital que haya quedado en una cifra muy pequeña luego de las reconversiones? Efectos frente al artículo 264 del Código de Comercio. Conclusiones.

Las normas de reconversión aplicables al capital y las acciones

Como paliativo a la gran devaluación del bolívar y de la gran inflación que ha sufrido Venezuela en las últimas dos décadas, fueron aprobadas tres reconversiones del bolívar que entraron en vigencia en los años 2008, 2018 y 2021. Como consecuencia de esas reconversiones se reexpresó el bolívar en el equivalente a (i) Bs. 1.000 en el año 2008, (ii) Bs.100.000 en el año 2018, y (iii) Bs.1.000.000 en el año 2021.

Debido a las mencionadas reconversiones del bolívar, las cantidades en bolívares incluidas en los documentos o contratos vigentes a la fecha de la entrada en vigencia de cada reconversión, se convirtieron automáticamente a la nueva escala monetaria, sin necesidad de otorgarse un nuevo documento ni de realizar trámite alguno ante los registro o notarías.

* Abogado egresada de la Universidad Católica Andrés Bello en el año 1988. Con especialización en Derecho Mercantil en la misma casa de estudios obtenida en el año 1992. Es socia del Escritorio D'Empaire desde el año 1996. Es Agente de la Propiedad Industrial. Fue Directora Principal de Royal & Sun Alliance Seguros (Venezuela), S.A. desde el año1998 hasta el año 2004. Es miembro del Comité Económico de Venamcham y del Comité de Finanzas y Mercado de Capitales de Venamcham, el cual preside actualmente.

Así fue expresamente establecido en la normativa que en cada caso reguló la reconversión, en todas las cuales se indicó expresamente que “Las expresiones en moneda nacional contenidas en todo instrumento, acto o negocio jurídico celebrados hasta (...) que mantengan sus efectos legales con posterioridad a dicha fecha, se entenderán automáticamente reexpresados a partir del (...) por lo que no será necesario el otorgamiento o celebración de un nuevo instrumento, ni realizar trámite alguno a tales efectos ante los distintos Servicios Autónomos de Registros y Notarías.”¹

Por otra parte, según las reglas generales incluidas en la normativa que reguló las reconversiones y salvo por algunos casos de excepción, los montos reconvertidos a la nueva escala monetaria debían expresarse con dos decimales, aplicándose las reglas de redondeo previstas en cada caso.²

Según las reglas de redondeo aplicables a la reconversión de 2008, el redondeo de toda fracción se efectuó conforme a la siguiente regla: “[...] toda fracción resultante [...] que sea inferior a cero coma cinco (0,5) céntimos, será igual al céntimo inferior; mientras que el de toda fracción resultante de la citada

¹ Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 07-09-01, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007, artículo 1.

Venezuela. Decreto N° 3.332, mediante el cual se dictó el Decreto N° 24 en el marco del estado de excepción y de emergencia económica, mediante el cual se decretó la reconversión monetaria, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.366 del 22 de marzo de 2018, artículo 4.

Venezuela. Decreto N° 4.553 mediante el cual se dictó la nueva expresión monetaria, publicado en la Gaceta Oficial N° 42.185 del 6 de agosto de 2021, artículo 4.

² Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 07-06-02, mediante la cual se dictan las Normas que rigen la Reexpresión Monetaria y el Redondeo, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.460 del 22 de junio de 2007. Artículo 1°.- la regla de redondeo establecida en el artículo 1° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria, se aplicará con el objeto de que el precio o valor individual de los bienes y servicios, así como otros importes monetarios reexpresados, se lleven a dos decimales, salvo lo previsto en el artículo siguiente.

Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 18-07-02, mediante la cual se dictan las Normas que rigen el Proceso de Reconversión Monetaria, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.460 del 14 de agosto de 2018. Artículo 3. (...)

El citado redondeo se aplicará por una sola vez, con el objeto de que el precio o valor individual de los bienes y servicios, así como de otros importes monetarios reexpresados se lleven a dos (2) decimales (...).

Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 21-08-01, mediante la cual se dictan las Normas que rigen la Nueva Expresión Monetaria, publicada en la Gaceta Oficial N° 42.191 del 16 de agosto de 2021. Artículo 3.-(...) El citado redondeo se aplicará por una sola vez, con el objeto de que el precio o valor individual de los bienes y servicios, así como de otros importes monetarios expresados en la nueva escala, se lleven a dos decimales. (...)

reexpresión que sea igual o superior a cero coma cinco (0,5) céntimos, será igual al céntimo superior”.³

La interpretación lógica de esa norma pareciera ser que cuando el resultante fuera inferior a una centésima (por ejemplo 0,003) debía redondearse a una centésima (es decir a 0,01), pues la norma exige que se lleve al céntimo inferior, siendo el menor de los céntimos 1.

En las reglas de reconversión de 2018, se acogió la interpretación antes expuesta, al aclararse mediante la inclusión de un nuevo párrafo que cuando el número resultante de la reconversión fuera inferior a una centésima (por ejemplo 0,003), debería redondearse a un céntimo (es decir a 0,01).⁴

Sin embargo, las reglas aplicables a la reconversión de 2021, establecieron que salvo en casos particulares de excepción, en los casos en que la fracción resultante cuyo tercer decimal sea menor a cinco, conservarán solo los dos

3 Venezuela. Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.638 del 6 de marzo de 2007. Artículo 1. (...)

El redondeo de toda fracción resultante de la reexpresión a que se contrae el presente artículo que sea inferior a cero coma cinco (0,5) céntimos, será igual al céntimo inferior; mientras que el de toda fracción resultante de la citada reexpresión que sea igual o superior a cero coma cinco (0,5) céntimos, será igual al céntimo superior.

4 Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 18-07-02, mediante la cual se dictan las Normas que rigen el Proceso de Reconversión Monetaria, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.460 del 14 de agosto de 2018. Artículo 3. Salvo las reglas particulares previstas en el presente Capítulo, toda fracción resultante de la reexpresión a que se contrae el artículo 1° del Decreto N° 54 en el marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica mediante el cual se decreta la nueva reexpresión de la unidad monetaria nacional para la Reconversión Monetaria y su vigencia, que sea inferior a cero coma cinco (0,5) céntimos, será igual al céntimo inferior; mientras que el de toda fracción resultante de la citada reexpresión que sea igual o superior a cero coma cinco (0,5) céntimos, será igual al céntimo superior.

La regla establecida en el encabezamiento de este artículo será entendida de la siguiente forma:

a) Cuando el tercer decimal de la cantidad reexpresada sea igual o superior a cinco (5), el segundo decimal se elevará en una unidad.

b) Cuando el tercer decimal de la cantidad reexpresada sea inferior a cinco (5), el segundo decimal quedará igual.

El citado redondeo se aplicará por una sola vez, con el objeto de que el precio o valor individual de los bienes y servicios, así como de otros importes monetarios reexpresados se lleven a dos (2) decimales.

Con excepción de lo previsto en el artículo 4 de la presente Resolución, cuando por efecto de la división entre cien mil (100.000) resulte un número cuya parte entera sea igual a cero (0) y la parte decimal sea inferior a una (1) centésima, el precio unitario se redondeará a un (1) céntimo. (Subrayado agregado).

primeros decimales del valor en la nueva expresión, pero si fuera mayor a cinco el segundo decimal se incrementaría en una unidad.⁵

Conforme a esta regla de la reconversión de 2021, el resultante podría ser 0,00, es decir nada, lo cual sería absurdo, pues las sociedades anónimas deben tener un capital y una vez pagado por los accionistas el capital establecido en los estatutos, no puede obligárseles a efectuar aportes adicionales, salvo en ciertos casos de excepción en sectores especialmente regulados como el sector financiero y asegurador, entre otros.

Con relación al valor de las acciones, las normas de reconversión establecieron reglas de excepción respecto del número de decimales a incluir en su valor reconvertido. Así, en las normas que regularon la reconversión de 2008 se estableció que las acciones que cotizaran en el mercado bursátil debían incluir al menos tres decimales⁶, mientras que en las normas de 2018 y 2021 lo fijaron

⁵ Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 21-08-01, mediante la cual se dictan las Normas que rigen la Nueva Expresión Monetaria, publicada en la Gaceta Oficial N° 42.191 del 16 de agosto de 2021. Artículo 3. Salvo las reglas particulares previstas en el presente Capítulo, toda fracción resultante de la nueva escala monetaria a que se contrae el artículo 1° del Decreto N° 4.553 mediante el cual se establece la Nueva Expresión Monetaria, cuyo tercer decimal del valor expresado en la nueva escala sea menor a cinco (5), conservará los dos primeros decimales del valor en la nueva expresión; si el tercer decimal del valor expresado en la nueva escala es mayor o igual a cinco (5), entonces el segundo decimal deberá ser incrementado en una (1) unidad; en los términos que a continuación se señalan:

Al dividir el importe monetario entre 1.000.000 se obtendrá un número que consta de una parte entera y una parte fraccionaria. A la parte entera se la denotará E y a los 3 primeros dígitos de la parte fraccionaria *D1D2D3*:

El citado redondeo se aplicará por una sola vez, con el objeto de que el precio o valor individual de los bienes y servicios, así como de otros importes monetarios expresados en la nueva escala, se lleven a dos decimales.

⁶ Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 07-06-02, mediante la cual se dictan las Normas que rigen la Reexpresión Monetaria y el Redondeo, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.711 del 22 de junio de 2007. Artículo 2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1 de la presente Resolución, la reexpresión prevista en el artículo 1° del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria, del precio de los bienes y servicios e importes monetarios que a continuación se indican, se efectuará dividiendo dicho precio o valor unitario entre mil (1000), y los decimales que arroje la operación deberán ser reflejados conforme a las previsiones contenidas en el Parágrafo Único de este artículo.

(...)

d) Acciones que se coticen en el mercado bursátil.

(...)

en al menos dos decimales, cotizaran o no en el mercado bursátil, pero sin que en ninguno de los casos se limitará el máximo de decimales a incluir.⁷

Respecto del capital, no se establecieron reglas de excepción, por lo que en principio el capital resultante de la reconversión debía expresarse con dos decimales luego de aplicarse las reglas del redondeo.

Parágrafo Único: En los supuestos contemplados en los literales a), b), c) y d) del presente artículo, el número de decimales a ser reflejado será de al menos tres (3); ello sin perjuicio de que pueda emplearse un número mayor de decimales, en atención a las normas, prácticas y convenciones existentes en la materia.

(...).

⁷ Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 18-07-02, mediante la cual se dictan las Normas que rigen el Proceso de Reconversión Monetaria. Publicada en la Gaceta Oficial N° 41.460 del 14 de agosto de 2018. Artículo 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 de la presente Resolución, la reexpresión del precio de los bienes y servicios e importes monetarios que a continuación se indican, se efectuará dividiendo dicho precio o valor unitario entre cien mil (100.000), y los decimales que arroje la operación deberán ser reflejados conforme a las previsiones contenidas en el Parágrafo Único de este artículo:

(...)

h) Las acciones, aun cuando no se coticen en el mercado bursátil, así como las cuotas de participación y otros títulos negociables.

(...)

Parágrafo Único: En los supuestos contemplados en los literales a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del presente artículo, el número de decimales a ser reflejados será de al menos dos (2). (...).

Venezuela. Resolución del Banco Central de Venezuela N° 21-08-01, mediante la cual se dictan las Normas que rigen la Nueva Expresión Monetaria. Publicada en la Gaceta Oficial N° 42.191 del 16 de agosto de 2021. Artículo 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 de la presente Resolución, la expresión en la nueva escala del precio de los bienes y servicios e importes monetarios que a continuación se indican, se efectuará dividiendo dicho precio o valor unitario entre un millón (1.000.000), y los decimales que arroje la operación deberán ser reflejados conforme a las previsiones contenidas en el Parágrafo Único de este artículo:

(...)

h) Las acciones, aun cuando no se coticen en el mercado bursátil, así como las cuotas de participación y otros títulos negociables.

Parágrafo Único: En los supuestos contemplados en los literales a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del presente artículo, el número de decimales a ser reflejados será de al menos dos (2); sin perjuicio de que pueda emplearse un número mayor de decimales, en atención a las normas, prácticas y convenciones existentes en la materia.

(...).

Ahora bien, visto que cada acción representa una parte alícuota del capital, teniendo como valor nominal la cifra resultante de la división del capital estatutario entre el número de acciones, no puede haber discrepancia alguna entre la sumatoria del valor nominal reconvertido de las acciones y el monto reconvertido del capital. Por ello, sería lógico concluir que, a pesar de haberse incluido reglas de excepción para el capital, el valor reconvertido del capital y de las acciones debe presentarse con todos sus decimales, o al menos con el mismo número de decimales, a efectos de evitar discrepancias entre el resultado de la suma del total del valor reconvertido de las acciones y el monto reconvertido del capital.

De lo contrario podrían darse casos en que el valor reconvertido del capital presentado sólo con dos decimales sea inferior al resultado de la suma del valor reconvertido de todas las acciones expresado con más de dos decimales.

¿Qué se puede hacer para incrementar el valor reconvertido de las acciones?

Como consecuencia de las reconversiones, el valor nominal reconvertido de la gran parte de las acciones de las compañías quedó reducido a una fracción ínfima de su valor original, cantidad reexpresada con muchos decimales.

Ante esta situación, muchas compañías desean llevar el valor nominal de sus acciones a un número entero o a una fracción de pocos decimales y se preguntan cómo hacerlo.

Para lograr ese objetivo, la compañía podría analizar la posibilidad de tomar alguna de las medidas que se indican más adelante en esta sección, previo análisis de las circunstancias específicas de cada caso que permitan su viabilidad, incluyendo, entre otros, la composición y distribución de las acciones entre los socios, la existencia de posibles cuentas a capitalizar, así como las dificultades o riesgos que en cada caso se puedan plantear.

Sin embargo, dependiente de las circunstancias de cada caso, estas medidas pueden ser muy difíciles de implementar, por lo que la compañía debe tener siempre presente la posibilidad de mantener el valor nominal resultante de las reconversiones con todos sus decimales, conforme a lo que se indicará en la siguiente sección.

Entre las medidas que podría considerarse para ajustar el valor nominal de las acciones, están las siguientes:

a. Reagrupar acciones. Con la reagrupación de acciones, se anularían las acciones reagrupadas y se emitirían nuevas acciones con el valor nominal resultante de la reagrupación, sin modificarse la cifra del capital, lo cual es

aceptado por la doctrina⁸. Con esta alternativa, no se modificaría el capital, sino sólo el número de acciones y su valor nominal.

La asamblea de accionistas que apruebe la reagrupación, debería tratar de obtener un índice de reagrupamiento que permita que el resultado de la sumatoria del valor nominal de las acciones reagrupadas sea un número entero o una fracción de pocos decimales. De esta manera se anularían las acciones emitidas y se emitirían nuevas acciones en un número menor, pero con un valor nominal igual al resultante de la reagrupación.

Esto sería viable en compañías con pocos accionistas y con participaciones accionarias iguales o que sean múltiplos del índice de reagrupación. Sin embargo, en compañías con muchos accionistas y con participaciones diferentes, puede resultar difícil encontrar ese índice de reagrupación que resulte en que el valor nominal resultante de las acciones reagrupadas sea un número entero o de pocos decimales, y que permita a todos los accionistas reagrupar todas sus acciones.

Por el contrario, sería muy posible que de la aplicación del índice más cercano que se encuentre puedan quedar remanentes de acciones que impidan completar la reagrupación o que algún accionista no tenga suficientes acciones para completar al menos una reagrupación, lo cual imposibilitaría o dificultaría su ejecución.

Para sortear tales dificultades la mejor vía sería establecer distintos tipos de acciones, de forma que las acciones reagrupadas y con mayor valor tengan mayores derechos políticos y económicos.

En tal sentido, las acciones reagrupadas tendrían mayor número de votos, conservando las acciones ya emitidas un solo voto por cada acción. Asimismo, las acciones reagrupadas tendrían mayor participación en los dividendos y distribuciones producto de liquidaciones, que sería establecida en proporción al valor nominal de cada acción sobre el total del capital. Todo lo anterior sería totalmente factible conforme a la disposición contenida en el artículo 292 del Código de Comercio que permite que los estatutos establezcan acciones de

⁸ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II Las Sociedades Mercantiles, Cuarta Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 1051. “Las acciones pueden ser reagrupadas, es decir, el valor nominal puede ser aumentado, procediéndose a canjear las acciones viejas por nuevas de un mayor valor nominal, aún si la sin alterar el capital social. El reagrupamiento debe tomar en cuenta la situación de los accionistas que queden con “saldos” o “restos” de acciones, cuando estos no representan múltiplos del índice de reagrupamiento, ofreciendo una alternativa a su situación (...)”.

distinto valor y con distintos derechos⁹, así como en la posición de la doctrina¹⁰. Por lo tanto, sobra decir que la asamblea de accionistas deberá aprobar la reforma de sus estatutos para establecer estas diferencias entre las distintas clases de acciones.

Este modo de proceder no afectaría los derechos de los accionistas, por lo que en principio no se requeriría de la decisión unánime de todos los socios sino de las mayorías requeridas en los estatutos o en la ley.

También podría combinarse la reagrupación con otras medidas como la adquisición por parte de la compañía de los saldos o remanentes de las acciones no reagrupadas (acciones en tesorería) lo que requeriría de la existencia de utilidades disponibles con base a las cuales se adquieran las acciones, de la aprobación de la asamblea de accionistas y así como del consentimiento de los accionistas titulares de esos saldos o remanentes, sin cuyo consentimiento no podría llevarse a cabo esta alternativa.

Igualmente podría combinarse con transferencias previas de acciones entre los accionistas, de modo que se permita completar a los accionistas grupos enteros de acciones que sean múltiplos del índice de reagrupamiento, a fin de que todos los accionistas alcancen el número de acciones necesario para completar la reagrupación de todas sus acciones. Sin embargo, estas transferencias pueden ser prácticamente imposibles de alcanzar en sociedades con muchos accionistas e incluso difíciles de concretar en sociedades con pocos accionistas, pues ellas dependerán de la libre decisión de cada accionista sobre la transferencia o adquisición de acciones, según sea el caso, así como sobre el valor de transferencia.

⁹ Venezuela. Código de Comercio, publicado en la Gaceta N° 475 del 21 de diciembre de 1955. Artículo 292.- Las acciones deben ser de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, si los estatutos no disponen otra cosa.

(...)

¹⁰ Alfredo Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 1045. “La prescripción del igual valor nominal (artículo 292 del Código de Comercio) no es absoluta, pues la propia ley permite un acuerdo contrario en el pacto social, según una norma que tiene una redacción y una construcción gramatical, enteramente diferente a su fuente, el artículo 164 del Código de Comercio italiano de 1882, el cual establecía: Las acciones deben ser de igual valor, y confieren a sus poseedores iguales derechos si no se ha establecido otra cosa en el acto constitutivo, salvo, sin embargo a todo accionista el derecho de voto en la asambleas generales. (...)”

Es evidente que la norma italiana constaba de dos párrafos divididos por la coma colocada antes de la y disyuntiva. Al eliminarse la coma, la y pasó a ser copulativa en el texto venezolano, pasando la salvedad a aplicarse a los 2 supuestos contemplados. Además, la colocación de la coma después de la palabra derechos, contribuyó a darle a la disposición un sentido gramatical muy distinto a su fuente. En Venezuela, por tanto, se puede emitir series de acciones de distinto valor nominal, si bien las acciones dentro de cada serie deben tener el mismo valor. (...)”.

Asimismo, podría combinarse esta alternativa con posibles reducciones o aumentos de capital, en los que sólo participen los accionistas con saldos de acciones que no puedan reagruparse. Estos aumentos o reducciones de capital sólo se harían por el monto necesario para completar las reagrupaciones. Sin embargo, se requeriría del consentimiento de los accionistas que reduzcan o amplíen su participación, bien sea porque convengan en la reducción o porque se diluyan a consecuencia de aumentos no suscritos por ellos o porque convengan en aumentar su participación mediante la entrega de aportes adicionales a la compañía.

En cualquier caso, para poder determinar las combinaciones de alternativas que pueden implementarse, se hace necesario analizar cada caso con todas sus particularidades para poder seleccionar la mejor estrategia a seguir.

b. Aumentar el valor nominal. Igualmente, la asamblea de accionistas de la compañía podría aprobar incrementos de capital, mediante el aumento del valor nominal de sus acciones a un número entero o a un número razonable de decimales. En este caso, el número de acciones se mantendría igual, pero se incrementaría su valor nominal.

Sin embargo, si el valor de las acciones resultante de la reconversión es muy bajo, el aumento debería ser alto, lo cual puede resultar muy costoso para los accionistas y para la compañía. Incluso, es posible que el aumento no se justifique para la operación de la sociedad, la cual podría seguir operando normalmente sin necesidad del aumento.

Por otra parte, al tratarse de un aumento de capital por incremento del valor nominal de las acciones, en principio, los accionistas que no convengan en el aumento tienen derecho de separación de la compañía, obteniendo el reembolso de sus acciones, en proporción del activo social, según el último balance aprobado, debiendo manifestar a la compañía su decisión de no participar y obtener el reembolso (i) dentro de las 24 horas siguiente a la adopción de la resolución, si asistieron a la asamblea; o (ii) dentro de los quince días siguientes a la publicación de la decisión, en caso de que no hayan concurrido a la asamblea.¹¹

¹¹ Venezuela. Código de Comercio, publicado en la Gaceta N° 475 del 21 de diciembre de 1955. Artículo 282.- Los socios que no convengan en el reintegro o en el aumento del capital, o en el cambio del objeto de la compañía, tienen derecho a separarse de ella, obteniendo el reembolso de sus acciones, en proporción del activo social, según el último balance aprobado.

La sociedad puede exigir un plazo hasta de tres meses para el reintegro, dando garantía suficiente.

Si el aumento de capital se hiciera por la emisión de nuevas acciones, no hay derecho a la separación de que habla este artículo.

Los que hayan concurrido a algunas de las asambleas en que se ha tomado la decisión, deben manifestar, dentro de las veinticuatro horas de la resolución definitiva, que

Sin embargo, deben efectuarse las siguientes precisiones respecto del régimen previsto literalmente en la norma que regula los aumentos de capital por aumento del valor nominal de las acciones:

i. En primer lugar, conviene recordar que ante un aumento de capital por aumento del valor nominal de las acciones, aprobado por una asamblea de accionistas a la que no hayan concurrido todos los accionistas, la sociedad debe efectuar una publicación informando a los accionistas de la decisión adoptada, a fin de que los accionistas que lo deseen puedan ejercer su derecho de separación, así como para que la compañía pueda determinar en cuánto quedará el capital luego de deducir el valor de las acciones correspondientes a los accionistas que se separan.

ii. El ejercicio del derecho de separación podría resultar en una reducción del capital, terminando la compañía con un capital inferior al capital existente al momento de adoptarse la decisión. Esto sucedería si el total del valor nominal de las acciones de aquellos que ejercen su derecho de separación, resulta superior al monto del aumento que corresponde a los que no lo ejercen, es decir, que el total del aumento no compense el total de la reducción producto del ejercicio del derecho de separación.

iii. Cabe preguntarse en este punto, si la efectividad de esta reducción de capital también está sujeta a la oposición prevista en el artículo 222 del Código de Comercio por parte de los terceros interesados, en cuyo caso se suspendería la reducción¹².

En principio, siendo los accionistas los últimos acreedores de la sociedad, debería prevalecer el derecho de los acreedores sobre el derecho de los accionistas, por lo que sería razonable concluir que también en ese escenario aplica el derecho de oposición con la suspensión de la reducción, no pudiendo los accionistas que se separen obtener el reintegro de sus acciones hasta tanto no se desista de la oposición o se la declare sin lugar.

Sin embargo, la posible oposición de los acreedores no debería implicar para los accionistas que ejercieron el derecho de separación, obligación de efectuar

desean el reembolso. Los que no hayan concurrido a la asamblea, deben manifestarlo dentro de quince días de la publicación de lo resuelto.

¹² Venezuela. Código de Comercio, publicado en la Gaceta N° 475 del 21 de diciembre de 1955. Artículo 222.- La reducción del capital social no podrá verificarse mientras no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se hubiere publicado la declaración o el acuerdo de orden del Juez de Comercio, en el periódico oficial, con la advertencia expresa de que podrá oponerse a dicho acuerdo todo el que tenga interés en ello.

La oposición, si se hiciera, hará suspender la ejecución del acuerdo de reducción del capital, mientras la oposición estuviera pendiente y hasta que se desista de ella o se la declare sin lugar por sentencia firme.

desembolsos adicionales para pagar el incremento del valor nominal de sus acciones. A su vez se plantearía la duda respecto de cómo quedan los derechos políticos y económicos de esos accionistas mientras se encuentre suspendida la reducción.

En tal sentido, sería razonable y equitativo que la asamblea de accionistas aprobara un régimen temporal aplicable mientras se resuelva o se desista de la oposición, con base al cual, los derechos políticos y económicos que correspondan a los accionistas que hayan manifestado su decisión de separarse, se ejerzan en proporción al valor nominal pagado de las acciones, de modo que los que acepten el aumento y lo paguen tendrán mayor derecho que aquellos que decidan separarse.

No obstante, lo antes expuesto, en los casos en que la reducción no afecte la situación de los posibles interesados opositores, por estar la compañía en igual o mejor situación que en la que estaba antes de que se decidiera el aumento y que algunos accionistas decidieran separarse, tal y como sucedería en los supuestos que se mencionan a continuación, existirían argumentos para sostener que no aplica el derecho de oposición y la consecuente suspensión de los efectos de la reducción. Tales supuestos serían:

1) Cuando no corresponda reintegro alguno a los accionistas que se separen, por encontrarse la sociedad en una situación de déficit patrimonial o patrimonio negativo.

2) Cuando sea mayor el aumento de capital asumido por los accionistas que no ejerzan su derecho de separación a la reducción vinculada a la separación de los accionistas, generando por lo tanto un incremento neto en el patrimonio de la sociedad.

Por ello, será necesario analizar las circunstancias de cada caso, para poder concluir si debe prevalecer el derecho de separación del accionista y la obtención del reintegro de su participación o el derecho de oposición de los terceros interesados con la consecuente suspensión de la reducción.

En la doctrina se discute si aún en el caso mencionado en el punto 1) anterior, debe prevalecer el derecho de oposición de los acreedores. Parte de la doctrina considera que debe excluirse la posibilidad de oposición de terceros con la consecuente suspensión de la reducción cuando los accionistas decidan limitar el capital a la cifra que quede por la existencia de pérdidas y sin reintegro de aportaciones.¹³

¹³ Alfredo Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 1028. “La doctrina considera que la reducción del capital puede ser facultativa u obligatoria, según se refiera al supuesto de exuberancia o a la hipótesis de pérdidas, respectivamente. El Código de Comercio contiene una regulación genérica, que no distingue las distintas situaciones. En

Otra parte de la doctrina propicia la interpretación exegética del artículo 222 del Código de Comercio, afirmando que donde el legislador no distingue no debe distinguir el intérprete, por lo que el derecho de oposición y suspensión del acuerdo existe incluso en el caso de reducción por pérdidas.¹⁴

Distinta es la situación mencionada en el punto 2) anterior, pues el resultado neto sería el de un incremento de capital, a pesar de que menor al inicialmente aprobado por la asamblea como consecuencia de la reducción correspondiente al ejercicio del derecho de oposición de algunos accionistas, con lo cual no se estaría afectando en lo absoluto la situación de los terceros interesados. Por ello en este caso, pareciera lógico concluir que no corresponde el derecho de oposición a favor de los terceros interesados.

iv. Otra pregunta que cabe efectuarse es si el derecho de separación subsiste incluso en aquellos casos en que el aumento de capital no implique una erogación para el accionista, como sucedería en el caso de que la asamblea apruebe que ese aumento de capital sea efectuado mediante conversión a capital de la cuenta contable de actualización del capital, o mediante la capitalización de utilidades, reservas, primas por emisión de acciones u otras partidas del patrimonio disponibles para capitalización.

efecto, el artículo 264 del citado texto legal, entra directamente a disciplinar el procedimiento de la reducción, como lo hace, igualmente, el artículo 222 *eiusdem*, creando dudas sobre la pertinencia de su aplicación, porque en el caso de pérdidas la reducción es inevitable, si los socios no deciden reintegrar el capital o liquidar la sociedad. Es más, la sociedad y los acreedores no podrían ejercer ninguna acción contra los accionistas para obligarlos a reintegrar (reponer) el capital social. Por las razones anteriores, nuestros autores se han afiliado a la corriente doctrinal favorable a excluir el régimen del artículo 222 (publicidad de la reducción, oposición de tercero y suspensión del acuerdo de suspensión) para el caso de que los socios decidan limitar el capital social a la cifra que queda, reservando el procedimiento pautado en el citado artículo 222 para la reducción facultativa, es decir, aquella en la cual los socios deciden alterar la cifra del capital social, partiendo de la premisa de que es excesivo para los fines sociales, lo cual concluye con un reintegro de aportaciones, eventualmente peligroso para el interés de los acreedores (...)” (*Subrayado agregado*).

¹⁴ *Ibid.*, p. 1029. “En el estado actual de nuestro desarrollo legislativo, creemos que el artículo 222 es aplicable, también, al supuesto de reducción obligatoria. La oposición de los terceros a la reducción tiene, en efecto, una consecuencia muy importante: obligar a los socios a escoger entre el reintegro y la liquidación. Para el tercero puede ser preferible esta última alternativa, pues la reducción significa permitir la continuación de la empresa con un capital menor, expuesto a una pérdida total. Tiene sentido, por lo tanto, propiciar una interpretación exegética del artículo 222 del Código de Comercio, afirmando que donde el legislador no distingue no debe distinguir el intérprete, para aplicarlo a las dos especies del género reducción de capital: la facultativa (capital exuberante) y la «obligatoria» (capital perdido)”.

Ante esa pregunta, debería distinguirse entre la capitalización de la partida de actualización de capital y los demás casos de capitalización de partidas de patrimonio.

En el primer caso, sería razonable concluir que no proceder el derecho de separación de los accionistas, pues sólo se trataría de reexpresar el valor histórico de las acciones a valores actuales.

Distintos son los casos de capitalización de otras partidas del patrimonio como utilidades, reservas, primas de emisión de acciones, en los que no queda absolutamente claro si debe preservarse o no el derecho de separación a los accionistas.

Si bien podría argumentarse que la finalidad perseguida por la norma es evitar que se impongan desembolsos adicionales a los accionistas, lo que se evidencia del hecho de que la norma excluye el derecho de separación en los casos de aumentos mediante la emisión de acciones, y como en estos supuestos no se requiere de nuevos desembolsos, entonces no debería prevalecer el derecho de separación.

Sin embargo, también podría argumentarse que la norma no hace distinción alguna, y que a pesar de que en estos casos no se requieren nuevos desembolsos a los accionistas, indirectamente se le imponen aportes adicionales pues se estaría disponiendo a favor de la compañía de cuentas que podrían haberse distribuido a favor de ellos, lo cual se hace más evidente en el caso de la capitalización de utilidades, supuesto en el cual se anula la expectativa del accionista a recibir su participación en ellas.

En general, la doctrina considera el derecho de separación como de orden público¹⁵, por lo que, si bien podría ser regulado, no podría eliminarse de forma absoluta.¹⁶

¹⁵ *Ibíd.*, p. 1077. “Doctrinalmente al derecho de receso se le atribuye una fundamentación basada en la ley y otra en la naturaleza contractual de la sociedad: desde el primer punto de vista, se trataría de un remedio contra el poder ilimitado de las asambleas dirigido a modificar el acto constitutivo, atribuyéndosele el derecho de receso condición de orden público; desde el segundo punto de vista, se trataría de una hipótesis de resolución parcial del contrato social, derecho fundamentado en la cláusula rebus sic stantibus, la cual posibilita atacar el vínculo de tracto sucesivo en caso de radical variación de las condiciones contractuales o de un elemento considerado esencial por las partes al momento de establecer el vínculo (Dasso)”.

¹⁶ Francisco Hung Vaillant, *Sociedades*, Alirio Dorantes- Editor, Caracas, 1986, p. 134. “Es pacífica la doctrina en el sentido de señalar que los derechos del socio, las utilidades, cuotas de liquidación e intervención en la administración de la sociedad y derecho a la separación son inderogables. En efecto, tales derechos pueden ser regulados pero no abolidos por el documento constitutivo o por un acuerdo de la

v. Por otra parte, es necesario precisar que el “activo social” al que se refiere la norma, y con base al cual los accionistas que no convengan en el aumento pueden obtener el reembolso proporcional de sus acciones, debe ser entendido no como la suma aislada de los activos de la compañía, sino como su activo neto de pasivos o patrimonio neto.

No podría ser entendido de otro modo, ya que de efectuar un reembolso al accionista atendiendo de forma aislada los activos de la sociedad, sin considerar los pasivos, se le estaría restituyendo mucho más de su participación patrimonial en la sociedad, deteriorando el patrimonio de la sociedad en perjuicio de los demás accionistas y de los terceros acreedores. Se trataría de una distribución sin causa alguna a favor sólo de los accionistas que ejerzan el derecho de separación.

vi. Con respecto al último balance aprobado al que se refiere la norma, y con base al cual debe restituirse el valor de las acciones de los que se acogen al derecho de separación, hay quienes señalan que debe ser el balance de cierre del último ejercicio regularmente aprobado¹⁷, sin embargo, sería más justo y razonable usar un balance lo más cercano posible a la fecha de la asamblea que apruebe el aumento, a fin de que se pueda restituir al accionista el valor de sus acciones a una fecha lo más cercana posible a su separación. En tal sentido, convendría que la asamblea en la que se apruebe el aumento de capital apruebe también un balance a una fecha lo más cercana posible a esa asamblea, y que ese sea el balance que sirva de base para efectuar los reintegros a los accionistas que decidan separarse.

Asamblea. En general, se afirma que tales derechos constituyen un límite al poder de la asamblea. [ASCARELLI (1), 135-136]”.

¹⁷ Manuel Acedo Mendoza y Luisa Acedo de Lepervanche, *La Sociedad Anónima*, Tercera Edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1996, p. 262-263. “Aumento del valor nominal de la acción (...) De esta forma derivan las siguientes reglas: a) la base de liquidación es el último balance regularmente aprobado, como textualmente lo exige el citado art. 282 del Código de Comercio; por lo tanto, sería inadmisibles la preparación de un balance ad hoc a los efectos de la liquidación, salvo que la asamblea lo aprobase en esa forma. (la doctrina expresa ciertas dudas que no compartimos respecto al balance para determinar la cuota de separación, véase Rodríguez Rodríguez, *ob.cit.*, tomo II, p. 130). b) el balance debe ser el correspondiente al cierre del último ejercicio; por ello, si la asamblea no ha aprobado el balance correspondiente al último ejercicio concluido, deberá convocársela y exigirse la aprobación correspondiente. No sería admisible utilizar un balance de ejercicios anteriores aun cuando literalmente sea este el ultimo aprobado. c) la liquidación debe hacerse de acuerdo con los valores que los activos tengas en los libros de la compañía; no serían por tanto admisibles, a los efectos de la liquidación, revalorizaciones o devaluaciones de determinados activos acordados con posterioridad a la fecha de cierre del respectivo ejercicio. d) los resultados parciales de los ejercicios en curso, a partir de la fecha del último balance, no benefician ni perjudican al accionista que se separa (...).”

vii. Aquellos accionistas que no ejerzan oportunamente el derecho de separarse, conforme a las reglas previstas en el Código de Comercio, estarán obligados a pagar el aumento del valor nominal de las acciones, en los términos y condiciones aprobados por la correspondiente asamblea de accionistas.

Posibilidad de mantener el valor nominal reconvertido de las acciones

Si no se logra o no se desea implementar alguna de las alternativas anteriormente mencionadas, la compañía podrá mantener el valor nominal de las acciones con todos sus decimales, lo cual es perfectamente posible conforme a las normas que regularon las reconversiones, siendo que sólo se limitó el mínimo de decimales a incluir.

Sobre este particular conviene recordar que una vez pagado el valor nominal de las acciones, ese valor deja de tener mayor importancia práctica desde el punto de vista negocial, pues para cualquier transferencia de las acciones se atenderá a su valor en libros o valor de mercado y no al valor nominal.

Mantener el valor nominal resultante de la reconversión, tiene incluso las siguientes ventajas, entre otras:

i. Se evitan aumentos de capital y los costos asociados al pago de los correspondientes tributos, todo lo cual puede llegar a ser innecesario si la compañía tiene suficiente patrimonio para la consecución de su objeto y el cumplimiento de sus obligaciones, e incluso, en aquellos casos de compañías que requieran de nuevos aportes de los accionistas, estos aportes no necesariamente deben efectuarse a través de aumentos del capital, sino que dependiendo de las circunstancias en que se encuentre la compañía, podrían llevarse a cabo mediante la creación de reservas especiales, restitución de pérdidas, emisión de acciones con prima, o simplemente como préstamos de los accionistas a la compañía.

ii. Como estos aumentos de capital se efectuarían mediante el incremento del valor nominal de las acciones, se evitaría que los accionistas ejerzan el derecho de separación, así como también la eventual reducción de capital que pudiera originarse por el retiro de algunos accionistas, con todas sus complicaciones.

¿Es necesario aumentar el capital que haya quedado en una cifra muy pequeña luego de las reconversiones?

Ante la pregunta que se plantean muchas compañías, sobre si es o no necesario aumentar su capital estatutario por haber quedado en una cifra muy pequeña luego de las reconversiones, la respuesta es que no hay una ley que las obligue a aumentarlo en una determinada cifra o proporción.

Los aumentos de capital deben atender a los requerimientos reales que tenga la compañía para mantener su operatividad y el cumplimiento de sus obligaciones, y no necesariamente al restablecimiento a una cifra significativa del capital estatutario disminuido como consecuencia de las reconversiones.

Conforme a las normas dictadas para regular las distintas reconversiones, el capital de las compañías se convirtió automáticamente a las nuevas escalas monetarias, sin necesidad de otorgarse nuevos documentos ni de realizar trámites ante los registros mercantiles. Así fue expresamente establecido en la normativa que en cada caso reguló las reconversiones¹⁸.

Lo anterior no impide que, si la compañía así lo desea, reforme la cláusula de sus estatutos relativa al capital para incluir el valor reconvertido del mismo, lo cual sería una sana práctica que ayudaría a mantener el orden, así como facilitar a cualquiera que revise los estatutos de la compañía, conocer cuál es el valor actual del capital. También convendría incluir notas en los libros de accionistas de la compañía en las que se indique cual es el capital y el valor nominal de sus acciones luego de las reconversiones.

Salvo en el caso de las compañías anónimas reguladas por leyes especiales, la legislación no establece un capital mínimo para su constitución, aunque los registradores mercantiles si tienen potestad para rechazar la “inscripción” de las sociedades que consideren tienen un capital insuficiente, para lo cual deberá aplicar criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, según las instrucciones que emitirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías.¹⁹

No obstante, esa potestad está limitada al momento de la “inscripción” de la compañía, es decir, al momento en que se presentan al registro mercantil el documento constitutivo y los estatutos junto con todos sus recaudos, para formalizar la inscripción y constitución de la sociedad.

Si el legislador hubiera querido facultar a los registradores mercantiles para que establecieran el capital de la sociedad en cualquier momento durante su existencia, así lo habría indicado expresamente, pero no lo hizo, por lo tanto, una vez inscrita la compañía en el registro mercantil, los registradores mercantiles no tienen potestad alguna para fijar el capital que debe tener la sociedad.

¹⁸ Ver nota al pie número 2.

¹⁹ Venezuela. Ley de Registros y Notarías, publicada en la Gaceta N° 6.668 del 16 de diciembre de 2021. Artículo 57.- Corresponde a la Registradora o Registrador Mercantil vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con el Parágrafo Único del Artículo 200 del Código de Comercio. A tal efecto, la Registradora o Registrador Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones:

1. Rechazar la inscripción de las sociedades con capital insuficiente, aplicando criterios de razonabilidad relacionados con el objeto social, que instruirá el Servicio Autónomo de Registros y Notarías, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las políticas de Estado.

(...).

Y es que los registros mercantiles no tienen la capacidad técnica necesaria para determinar cuál es el capital mínimo que debe requerirse a una sociedad para continuar con el giro de sus operaciones, todo lo cual dependerá, entre otros, de la situación de la sociedad, de las obligaciones contraídas con terceros, el resultado de sus operaciones durante el ejercicio en curso y en los ejercicios anteriores, las expectativas de operaciones futuras, así como el tipo y volumen de operaciones que efectivamente lleve a cabo la sociedad.

Distinto es el caso de las sociedades reguladas por leyes especiales, en las que normalmente la ley fija el capital mínimo para la constitución y operación de la sociedad, así como los mecanismos de ajuste o las entidades encargadas de establecer los ajustes a esos capitales mínimos.

Tales son los casos por ejemplo de las instituciones del sector bancarios, respecto de las cuales la Superintendencia encargada de su supervisión tiene facultad expresa para modificar, cuando lo estime pertinente, el capital mínimo requerido a dichas instituciones²⁰; o el caso de las empresas de seguros, administradoras de riesgo y empresas de reaseguros, las cuales tienen un capital mínimo fijado por la ley que las regula el cual se ajusta cada dos años con base al valor de la unidad tributaria, estando facultado expresamente el Ministro de adscripción para aumentar los capitales mínimos requeridos por ley²¹; así como

²⁰ Venezuela. Decreto N° 1.402, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la Gaceta N° 40.557 del 8 de diciembre de 2014. Artículo 16.- La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario evaluará periódicamente los niveles mínimos de capital social requeridos de conformidad con lo previsto en los artículos 11, 12, 13 y 14 del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, a los fines de procurar su adecuación a las necesidades y realidad del sistema, quedando facultada dicha Superintendencia para proceder a su modificación cuando lo estime pertinente, previa opinión vinculante del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional.

²¹ Venezuela. Decreto N° 1.402, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicada en la Gaceta N° 40.557 del 8 de diciembre de 2014. Artículo 19.- Son requisitos indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como empresa de seguros y empresas administradoras de riesgos las siguientes:

(...)

2. Tener un capital pagado mínimo en efectivo de:

(...)

El capital mínimo se ajustará en efectivo, el cual debe ser enterado en caja, cada dos años, antes del 31 de marzo del año que corresponda, con base al valor de la unidad tributaria vigente al cierre del año inmediatamente anterior al ajuste. Los aumentos de capital pueden realizarse mediante aportes en efectivo con recursos propios del accionista o podrán efectuarse con cargo a las utilidades no distribuidas previo decreto de dividendos.

el caso de las sociedades de corretaje de valores, casas de bolsa, bolsas de valores, bolsas de valores de productos e insumos agrícolas, y las casas de bolsa de productos agrícolas, cuyo capital mínimo establecido en la ley puede ser ajustado por la Superintendencia Nacional de Valores²².

(...)

Artículo 20.- Son requisitos indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como empresa de reaseguros, las siguientes:

(...)

2. Tener un capital pagado en efectivo mínimo de Un Millón Setecientos Cuarenta Mil Unidades Tributarias (1.740.000 U.T.).

El capital mínimo se ajustará en efectivo, el cual debe ser enterado en caja, cada dos años, antes del último día hábil del mes de septiembre del año que corresponda, con base al valor de la unidad tributaria vigente al cierre del año inmediatamente anterior al ajuste. Los aumentos de capital pueden realizarse mediante aportes en efectivo con recursos propios del accionista o podrán efectuarse con cargo a las utilidades no distribuidas previo decreto de dividendos.

(...)

Artículo 22. El Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de finanzas, en atención a las condiciones económicas existentes o requerimientos técnicos, podrá aumentar los capitales mínimos establecidos en los artículos precedentes.

²² Venezuela. Ley de Mercado de Valores, publicada en la Gaceta N° 6.211 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015. Artículo 12.- Las sociedades de corretaje de valores y casas de bolsa podrán ser limitadas o universales:

1.- Las sociedades de corretaje de valores y casas de bolsa limitadas, deberán mantener un capital social mínimo totalmente pagado y suscrito en dinero en efectivo, equivalente a doscientas cincuenta mil unidades tributarias (250.000 U.T.)

(...).

2.- Las sociedades de corretaje de valores y casas de bolsa universales, deberán mantener un capital social mínimo totalmente pagado y suscrito en dinero en efectivo, equivalente a quinientas mil unidades tributarias (500.000 U.T.) (...)

El capital social mínimo señalado en los numerales anteriores podrá ser ajustado por la Superintendencia Nacional de Valores, atendiendo a las condiciones del mercado.

Artículo 19. Las bolsas de valores se constituirán bajo la forma de sociedades anónimas, con la autorización de la Superintendencia Nacional de Valores. Su capital inicial no podrá ser inferior al equivalente de cincuenta mil unidades tributarias (50.000 U.T.) totalmente pagado en efectivo, monto que podrá ser ajustado por la Superintendencia Nacional de Valores (...)

Artículo 28. (...) El capital inicial no podrá ser inferior al equivalente de treinta mil unidades tributarias (30.000 U.T.), totalmente pagado en efectivo, monto que podrá ser ajustado por la Superintendencia Nacional de Valores.

Ahora bien, si la sociedad desea incrementar su capital o si tal incremento es requerido por terceros que contraten con la sociedad, lo que podría suceder especialmente con los bancos o terceros que concedan préstamos o cualquier otro tipo de créditos, la sociedad podría llevar a cabo el aumento de su capital mediante:

i. el incremento del valor nominal de las acciones ya emitidas, lo que plantea todos los riesgos y consecuencias adversas mencionados anteriormente, especialmente el riesgo de que algunos de los accionistas ejerzan su derecho de separación de la sociedad; o

ii. la emisión de nuevas acciones a ser suscritas preferentemente por los accionistas en proporción a sus participaciones accionarias, y en caso de que no se ejerza en su totalidad el derecho de preferencia, las acciones remanentes podrían ser suscritas por los demás accionistas e incluso por los terceros interesados en invertir.

Las nuevas acciones, si fuera el caso, podrían tener un valor nominal superior al de las acciones previamente emitidas, así como derechos económicos y políticos superiores a los de las acciones emitidas, lo que requerirá de la reformar de sus estatutos para establecer la distinción de derechos entre ambos tipos de acciones²³.

En esta reforma de los estatutos puede establecerse que las nuevas acciones emitidas con mayor valor nominal tendrán un número mayor de votos por acción que las ya emitida con menor valor nominal. Igualmente podrían establecerse que los derechos económicos que correspondan a los accionistas, tales como dividendos y distribuciones producto de liquidaciones, sean efectuados en la misma proporción que represente el valor nominal de cada acción sobre el total del capital, con lo cual las nuevas acciones de mayor valor nominal tendrían mayor participación en los derechos económicos que las ya emitidas con menor valor nominal.

Todo lo anterior tendría su fundamento artículo 292 del Código de Comercio que permite que los estatutos establezcan acciones de distinto valor y con distintos

Artículo 30. Las casas de bolsa de productos agrícolas, deberán mantener un capital social mínimo totalmente pagado y suscrito en dinero en efectivo, equivalente a cincuenta mil unidades tributarias, el cual podrá ser ajustado por la Superintendencia Nacional de Valores, atendiendo a las condiciones del mercado. (...).

²³ Venezuela. Código de Comercio, publicado en la Gaceta N° 475 del 21 de diciembre de 1955. Artículo 292.- Las acciones deben ser de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, si los estatutos no disponen otra cosa.

(...).

derechos, y encuentra su apoyo en la opinión dominante de la doctrina favorable al voto múltiple²⁴.

La materialización o pago del aumento del capital podría efectuarse de distintas maneras, tales como:

i. Sin aportes adicionales. Aumento nominal²⁵. El capital estatutario podría aumentarse de forma nominal, sin que los accionistas realicen nuevos aportes, mediante la conversión en capital de todo o parte de los saldos de algunas partidas patrimoniales, tales como (a) la partida de actualización del capital social, (b) la partida correspondiente a reservas extraordinarias que no estén asociadas al cumplimiento de obligaciones²⁶, (c) la partida correspondiente a las primas que

²⁴ Alfredo Morles Hernández, *ob.cit.*, p. 1062. “Nuestra doctrina se ha pronunciado en favor del voto múltiple. Acedo Mendoza acoge la posición favorable que sobre este punto ha expuesto De Gregorio y expresa: En definitiva el voto múltiple es una forma válida de establecer derechos distintos para diferentes clases de acciones, conforme lo permiten los artículos 292 y 293 del Código de Comercio, sin llegar al extremo de afectar la existencia del derecho en sí, como lo prohíbe la doctrina que comentamos y a la cual nos adherimos (...).”

²⁵ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, actualizado por María Auxiliadora Pisani Ricci, Gabriel Rodríguez e Ivanova Beirutti Ruiz, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 566. “Entendiendo por (...) aumento nominal, las variaciones en el patrimonio de la sociedad (supone modificar las cifras del balance de un sector a otro). A pesar de las ventajas que ofrece este último, los administradores y comisarios deben tener cuidado y tomar las medidas necesarias. De manera que se trate de un crédito exigible, es decir, que no sea un crédito dudoso y que la cuantía esté determinada”.

²⁶ Manuel Acedo Mendoza y Luisa Acedo de Lepervanche, *ob. cit.*, p. 266. “Las reservas capitalizables (...) son aquellas que tienen carácter de utilidades disponibles, y como tales pertenecen a los accionistas. No serán, por tanto, capitalizables: a) la reserva legal por no ser disponible, hasta el límite legal; b) las reservas destinadas a cubrir un reclamo u obligación previsible, como es el caso, entre otros, de las reservas para cubrir obligaciones derivadas de la Ley del Trabajo; c) las reservas destinadas a cubrir ciertos riesgos sobre determinados bienes, como es el caso de los fondos llamados de autoseguro; d) las reservas técnicas de las compañías de seguros; e) las reservas destinadas a cubrir riesgos de crédito, pérdidas o deterioro de inventario u obsolescencia de activos. Las reservas generales, así como las destinadas a nuevas inversiones o proyectos, sí son capitalizables, pues ellas no tienen como contrapartida eventuales obligaciones, riesgos o pérdidas. De la misma manera son capitalizables los excedentes de las reservas destinadas, cuando su monto exceda de una prudente evaluación del riesgo. En este caso corresponderá a la asamblea aprobar la nueva evaluación del monto de la reserva y acordar la liberación del excedente”.

haya cobrado la compañía por emisión de acciones, así como (d) la partida de utilidades acumuladas²⁷, entre otras.

Este tipo de aumentos beneficiaría a todos los accionistas en la misma proporción de su participación accionaria, por consistir sólo en una reclasificación de cuentas del patrimonio, no requiriéndose de los accionistas aportes adicionales de dinero o de bienes.

Con este tipo de aumentos no se estará mejorando la situación patrimonial de la compañía, pues sólo se estarán reclasificando cuentas patrimoniales, permaneciendo el patrimonio neto en la misma cifra antes y después del aumento, pero permitiría incrementar el capital estatutario.

La conversión en capital de la partida de actualización del capital social, es decir, de la partida en la que se refleja el monto que corresponde a la actualización por efectos de la inflación del capital estatutario, no es realmente un aumento del capital sino la reexpresión del mismo capital estatutario pero al valor actual ajustado por inflación, concretando así el único destino posible que tiene esta partida, tal y como ha sido expresado por la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela²⁸.

Esta conversión en capital de la partida de actualización del capital social, no debería generar los tributos que normalmente aplican a los aumentos de capital, según lo previsto en la Ley de Registros y Notarías, así como en las leyes de timbre

²⁷ *Ibíd.*, p. 265. “Capitalización de utilidades y reservas de capital. Las utilidades no repartidas pertenecen a los accionistas, la sociedad es libre de retenerlas en la empresa o de repartirlas a los accionistas; una forma de repartir las utilidades a los accionistas es la capitalización de utilidades retenidas o lo que comúnmente se llama dividendos de acciones. A este efecto, la sociedad acuerda el aumento del capital por emisión de nuevas acciones que son pagadas con cargo a las utilidades no repartidas o reservas capitalizables. Ello puede hacerse: a) decretando un dividendo en efectivo destinado exclusivamente a pagar todo o parte del aumento acordado; b) transfiriendo directamente el respectivo monto de las cuentas de utilidades o reservas, a la cuenta del capital (...).”

²⁸ Boletín de aplicación de los Ven-Nif número dos, versión cuatro (BA VEN-NIF-2): Comité Permanente de Principios de Contabilidad de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de la República Bolivariana de Venezuela relativo a los Criterios para el Reconocimiento de la Inflación en los Estados Financieros Preparados de Acuerdo con Ven-Nif: Sesión Plenaria del Directorio Nacional Ampliado Extraordinario del Directorio de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de la República Bolivariana de Venezuela, el 22, 23 y 24 de noviembre de 2018. “25. La actualización del capital social constituye la corrección monetaria acumulada de las acciones o cuotas desde la fecha de sus respectivos aportes y está asociada indivisiblemente a éstas, por lo que el único destino posible es su conversión en capital social, incrementando el valor nominal de dichas acciones o cuotas, previa aprobación por parte de la Asamblea de Accionistas o Propietarios de la entidad que reporta.”

fiscal, por no tratarse de un verdadero aumento de capital, sino de la reexpresión del capital existente a su valor actual. Sin embargo, en la práctica los registros mercantiles exigen el pago de tales tributos, por no existir ninguna distinción en las leyes, las cuales sólo se refieren a los aumentos de capital.

El incremento del capital mediante la capitalización de todo o parte de las utilidades generadas por la compañía o de las demás cuentas de patrimoniales de la compañía que sean libremente disponibles por la asamblea de accionistas, como podrían ser las reservas extraordinarias o las primas por emisión de acciones, fortalecerían la situación de la compañía, haciéndola más sólida y confiable frente a los terceros, ya que a pesar de no representar un incremento patrimonial, se harían indisponibles para la compañía y los accionistas, por lo que no podría ser distribuida sino a través del mecanismo de reducción de capital, controlado por los terceros interesados a través de las oposiciones.

ii. Con nuevos aportes. Aumento real²⁹. Mediante nuevos aportes de dinero, bienes o créditos efectuados por los accionistas a la compañía, incluyendo la capitalización de eventuales acreencias de los accionistas en contra de la compañía, lo cual mejoraría la situación patrimonial de la compañía, incrementándose su patrimonio en la misma cantidad en que se incrementa el capital.

Si el aumento por nuevos aportes se realiza mediante la emisión de nuevas acciones, prevalecerá el derecho de preferencia de los accionistas a suscribir las nuevas acciones en proporción a su participación accionaria, y no hay derecho de separación de los accionistas que no convengan en el aumento, quienes simplemente renunciarán a su derecho de suscripción. Si se realiza mediante el aumento del valor nominal de las acciones, no hay duda que los accionistas tendrán el derecho de separación previsto en el artículo 282 del Código de Comercio.

Efectos frente al artículo 264 del Código de Comercio

El capital constituye el punto de referencia para determinar si una sociedad se encuentra o no en uno de los supuestos previstos en el artículo 264 del Código de Comercio³⁰, por determinarse la existencia de tales supuestos mediante la comparación del resultado patrimonio neto contra la cuenta del capital.

²⁹ Roberto Goldschmidt. *ob. cit.*, p. 566. “Entendiendo por aumento real, aquel que efectivamente, ha ingresado al patrimonio de la sociedad (dinero o bienes)”.

³⁰ Venezuela. Código de Comercio, publicado en la Gaceta N° 475 del 21 de diciembre de 1955. Artículo 264.- Cuando los administradores reconozcan que el capital social, según el inventario y balance ha disminuido un tercio, deben convocar a los socios

De encontrarse la compañía en alguno de dichos supuestos, los socios deberán decidir si reintegran lo que se haya perdido, si limitan el capital a la cantidad que quede o si se liquida la compañía.

La determinación de la existencia de alguno de los supuestos previstos en la referida norma debe ser efectuada con base a lo reflejado en el inventario y en el balance, el cual debe ser elaborado conforme a los Principios de Contabilidad de Aceptación General en Venezuela (VEN-NIF). Estos principios contables requieren del reconocimiento de la inflación, mediante el uso de un índice general de precios que refleje los cambios en el poder adquisitivo de la moneda que sirve como unidad de medida para la preparación de la información financiera.

Por lo tanto, para determinar si una compañía se encuentra en alguno de los supuestos de la referida norma, será necesario comparar el resultado de su patrimonio neto reflejado en su balance, con todas las partidas que lo componen, y las cuales reflejan los ajustes por inflación, contra su capital social actualizado, es decir, aquel que resulta de sumar al capital estatutario el monto que corresponde a su actualización por efectos de la inflación, independientemente de que la actualización haya sido incluida o no en el capital estatutario.

De lo contrario, es decir de compararse el patrimonio neto ajustado contra el capital estatutario histórico, sin tomar en cuenta la actualización del mismo, llevaría al absurdo de estar comparando magnitudes alcanzadas con distintos mecanismos, en las que el patrimonio neto se determinaría con base en los resultados ajustados por inflación, incluyendo la actualización del capital, mientras que el capital social sería la cifra histórica sin el ajuste por inflación. Esta comparación no permitiría alcanzar el verdadero sentido y objetivo perseguido por la norma, cual es que el patrimonio neto se mantenga en una cifra cercana a la del capital. Es por eso que la comparación debe efectuarse usando ambas cifras ajustadas por inflación, es decir, patrimonio neto ajustado versus capital actualizado.

Ahora bien, es muy posible que luego de las reconversiones del bolívar, en algunas compañías el capital actualizado haya quedado en una cifra totalmente insignificante, incluso en una pequeña fracción, por lo que surge de nuevo la pregunta de si la compañía debe incrementar su capital estatutario a efectos de mantenerlo en una cifra razonable que permita, entre otros, mantener el referencial del patrimonio mínimo requerido conforme al artículo 264 del Código de Comercio.

para interrogarlos si optan por reintegrar el capital, o limitarlo a la suma que queda, o poner la sociedad en liquidación.

Cuando la disminución alcance a los dos tercios del capital, la sociedad se pondrá necesariamente en liquidación, si los accionistas no prefieren reintegrarlo o limitar el fondo social al capital existente.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, (i) las normas que regularon las distintas reconversiones establecieron claramente que el capital estatutario se considera reexpresado automáticamente, sin necesidad de otorgar nuevos documentos ni realizar trámites ante los registros mercantiles; (ii) no existe norma alguna vigente que requiera un mínimo de capital estatutario a las sociedades ya incorporadas, distintas de aquellas reguladas por leyes especiales referidas anteriormente; y (iii) ni los registradores mercantiles, ni el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (Saren) tienen potestades legales para fijar el capital mínimo de las sociedades ya incorporadas.

Por lo tanto, deberá prevalecer el principio de libertad económica reconocido en la Constitución Nacional³¹, el cual debe ser entendido en un sentido amplio, es decir, que no sólo protege el derecho de las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sino que también implica el derecho de invertir lo que cada uno decida para la realización esa actividad de su preferencia, salvo que la inversión sea efectuada en sectores especialmente regulados.

Pretender imponer a los accionistas de una compañía que no esté especialmente regulada, la obligación de efectuar aportes adicionales a los inicialmente acordados conforme a los mínimos requeridos al momento de su incorporación iría en contra de ese principio de libertad económica consagrado y protegido por la Constitución Nacional.

Y es que en la mayoría de los casos el capital mínimo que requiera una compañía para continuar con sus operaciones dependerá de muchos factores ajenos al conocimiento de los registros mercantiles o del Saren, tales como la situación financiera y operativa de la sociedad, las obligaciones contraídas con terceros, el resultado de sus operaciones durante el ejercicio en curso y en los ejercicios anteriores, utilidades acumuladas que puedan servir para financiar sus operaciones, los planes futuros, posibles expansiones o recortes de operaciones, la capacidad instalada, el comportamiento del mercado en el que opera, las expectativas de crecimiento, así como el tipo y volumen de operaciones que efectivamente lleve a cabo la sociedad, entre otros.

³¹ Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009. Artículo 112.- Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Por ello debe quedar a la libre discreción de los accionistas determinar el capital requerido para la continuidad de sus operaciones.

Aún en los casos en que el capital social actualizado haya quedado en una pequeña fracción, existirá un referente de comparación que en la práctica se traducirá en que el patrimonio neto de la sociedad tendrá que ser al menos igual a dos tercios de esa fracción, y en caso de disminución, los accionistas deberán decidir las medidas a adoptar conforme a lo dispuesto en el artículo 264 del Código de Comercio.

Conclusiones

Con fundamento en lo antes expuesto se puede concluir lo siguiente:

a. Las cifras en bolívares expresadas en documentos y contratos se ajustaron automáticamente a la nueva escala monetaria, sin necesidad de efectuar ningún trámite ante los registros y notarias.

b. No hay obligación que celebrar asamblea alguna ni efectuar trámite alguno ante los registros mercantiles para actualizar el valor de las acciones y del capital social a las nuevas escalas monetarias.

c. Sin embargo, pareciera ser una sana práctica el actualizar a la nueva escala monetaria las correspondientes cláusulas del documento constitutivo y estatutos de las sociedades anónimas, así como los asientos efectuados en sus libros de accionistas, a fin de permitir a cualquiera que los revise, conocer el valor en bolívares expresado en la nueva escala monetaria.

d. Las acciones de las compañías no están sujetas a las reglas ordinarias incluidas en las normas de reconversión que se refieren al máximo de decimales a incluir en la cifra resultante luego de la reconversión, así como tampoco estarían obligadas a cumplir con las reglas sobre el redondeo de los decimales, por lo que podrían incluirse todos los decimales resultantes de la reconversión.

e. A pesar de no haberse incluido reglas de excepción para la determinación de los decimales con los que debía expresarse el capital social estatutario producto de las reconversiones, pareciera razonable concluir que visto que (i) la sumatoria del valor nominal de todas las acciones emitidas debe coincidir con el monto del capital social estatutario, (ii) que las sociedades anónimas deben tener un capital, y (iii) que luego de pagado el capital estatutario los socios no están obligados a efectuar aportes adicionales a la sociedad; entonces, el valor nominal de las acciones reconvertidas así como el monto del capital social reconvertido puede expresarse con todos decimales resultantes de la reconversión, evitando así discrepancias entre el resultado de la sumatoria del valor nominal de todas las acciones y el monto del capital social.

f. La compañía podría incrementar el valor nominal de las acciones a través de algunas o varias de las siguientes medidas, cuya viabilidad dependerá de las

circunstancias específicas de cada caso, incluyendo la composición y distribución de las acciones entre los socios, la existencia de posibles cuentas a capitalizar, entre otros, por lo que deberá analizarse caso por caso para poder determinar cuáles podrían ser las medidas a implementar:

- i. Reagrupar acciones. Esto sería viable en compañías con pocos accionistas y con participaciones accionarias iguales, siendo muy difícil de implementar en compañías en que los accionistas tengan distintas participaciones accionarias, ya que posiblemente quedarían saldos de acciones que no puedan reagruparse. Sin embargo, pueden implementarse alternativas que permitan dar un tratamiento a los saldos o remanente de acciones y solucionar el problema planteado, tal como sería (i) reformar los estatutos para establecer distinto tratamiento a las acciones reagrupadas, otorgándoseles mayores derechos políticos y económicos; o (ii) adquirir los saldos de remanente con cargo a las utilidades de la compañía y previa aprobación de la asamblea de accionistas (acciones en tesorería), pero para ello se requeriría del consentimiento de todos los accionistas con saldos o remanentes de acciones. Combinar reagrupación con transferencias. Transferencias previas de acciones, permitirían consolidar en los accionistas paquetes de acciones que permitan la reagrupación de todas las acciones emitidas. Sin embargo, estas transferencias previas dependerán de la voluntad y negociaciones individuales entre los accionistas lo que dificultaría su implementación, sobre todo en compañías con muchos accionistas.
- ii. Aumentar el valor nominal. Esta alternativa implicaría el incremento del capital social, sin emitir nuevas acciones, pudiendo resultar costoso para los accionistas y para la compañía, por los aportes y tributos que deberán pagar unos y otros, sin que posiblemente se justifique ese aumento para la operación de la sociedad. Adicionalmente, los accionistas tendrían el derecho de separarse de la sociedad obteniendo el reembolso de sus acciones, lo que incluso puede resultar en una reducción del capital, a la que en principio pueden oponerse los interesados. Es discutible si el derecho de separación procede incluso en los casos en que no se requieren de nuevos aportes a los socios y si la oposición de los terceros proceder incluso si no hay reducción del patrimonio. Esta alternativa está llena de retos y riesgos, por lo que siempre conviene analizar cada caso en particular, para determinar riesgos de separación de los accionistas y oposición de los terceros.
- g. La compañía siempre tendrá la opción de mantener el valor nominal de las acciones con todos sus decimales, lo cual pareciera ser lo más fácil y con los cual se evitaría aumentos de capital que no sean necesarios para la operación, así como los costos asociados a los aumentos de capital.

h. No hay obligación legal de aumentar el capital estatutario de las compañías luego de las reconversiones, ya que esos capitales se convirtieron automáticamente a las nuevas escalas monetarias, sin necesidad de otorgarse nuevos documentos ni de realizar trámites ante los registros mercantiles, aunque sería una sana práctica reformar los estatutos para establecer el valor reconvertido del capital, lo que ayudaría a mantener el orden, así como facilitar a cualquiera que revise los estatutos de la compañía, conocer cuál es el valor actual del capital.

i. Los registradores mercantiles están facultados por la Ley de Registros y Notarías para rechazar la “inscripción” de las compañías que consideren tienen un capital insuficiente, pero no tienen potestad para fijar el capital que debe tener una sociedad ya inscrita y operativa, salvo que se trate de sociedades reguladas por leyes especiales a las que la normativa que le aplique si las regule establezca un capital mínimo durante el curso para la continuidad de sus operaciones.

j. Nada impide que la compañía incremente su capital social, si lo considera necesario o conveniente, lo que podría llevar a cabo mediante el incremento del valor nominal de las acciones ya emitidas o mediante la emisión de nuevas acciones con un valor nominal superior al de las acciones previamente emitidas, así como con derechos económicos y políticos superiores, lo que requerirá la reforma de sus estatutos para establecer la distinción entre los distintos tipos de acciones.

k. Estos aumentos podrían pagarse, entre otros, mediante la conversión de la cuenta de actualización del capital social en capital, conversión en capital de utilidades, reservas, primas, así como mediante nuevos aportes de bienes o dinero por parte de los accionistas.

l. La conversión en capital de la partida de actualización del capital social, no debería generar los tributos que aplican a los aumentos de capital, por no tratarse de un verdadero aumento de capital, sino de la reexpresión del capital existente a su valor actual. Sin embargo, en la práctica los registros mercantiles exigen el pago de tales tributos

m. Para determinar si una compañía se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 264 del Código de Comercio, será necesario comparar el resultado de (i) su patrimonio neto reflejado en su balance elaborado conforme a los VEN-NIF, con todas las partidas que lo componen, incluyendo los correspondientes ajustes por inflación, contra (ii) su capital social actualizado, es decir, aquel que resulta de sumar al capital estatutario el monto que corresponde a su actualización por efectos de la inflación, independientemente de que la actualización haya sido incluida o no en el capital estatutario e independientemente de que el valor reconvertido del capital actualizado sea un fracción de lo que era el capital original.

LA CLÁUSULA DE *RECALL* EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS

*Alejandro Silva Ortiz**

SUMARIO

I. Características de la cláusula de *recall* o retirada en los contratos de suministro y distribución de productos. II. El manual de retirada de productos. III. La retirada forzosa de los productos del mercado. IV. Tratamiento regulatorio del régimen de retirada de productos en Latinoamérica. V. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Las experiencias relacionadas con los efectos adversos generados por productos de consumo masivo con posterioridad a su entrada al mercado, ha motivado a las empresas a incorporar cláusulas de *recall* o retirada en sus contratos nacionales e internacionales de suministro y distribución. Así, los agentes económicos deben diseñar estrategias, planes y procedimientos corporativos y logísticos de retirada de productos del mercado, con el objeto de minimizar y mitigar los potenciales riesgos sanitarios y económicos que puedan causarse.

A fin de comprender la relevancia de este asunto, recientemente, en febrero de 2022, Abbott retiró voluntariamente del mercado americano sus fórmulas infantiles Similac, Alimentum y EleCare debido a la sospecha de contaminación de determinados lotes con las bacterias *Cronobacter sakazakii* o Salmonela¹. Pues

* Abogado *cum laude* egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 2004 (Caracas, Venezuela). Doctor en Derecho, mención sobresaliente *cum laude* por unanimidad, por la Universidad de Navarra en 2011 (Pamplona, España). En el marco de sus estudios doctorales, realizó una estancia de investigación en Fordham University como *Visiting Scholar Researcher* en 2009 (Nueva York, Estados Unidos).

¹ Abbott Media, “Abbott voluntarily recalls powder formulas manufactured at one plant”, en *Abbott Press Release*, Michigan, 17 de febrero de 2022. Disponible en: <https://abbott.mediaroom.com/2022-02-17-Abbott-Voluntarily-Recalls-Powder-Formulas-Manufactured-at-One-Plant>, consultado en fecha 18 de mayo de 2022; Food and Drug Administration, “FDA warns consumers not to use certain powdered

bien, además de las complejas estrategias de logística inversa implementadas por Abbott para retirar todos los productos afectados de los canales de distribución, dicho evento ha causado una grave situación de escasez de fórmulas infantiles en ese país, tomando en cuenta que Abbott junto a otras empresas locales producen el 98% de las fórmulas infantiles comercializadas en ese país².

Como puede apreciarse del anterior hecho, dependiendo de las circunstancias, la retirada de un producto puede causar, no solo riesgos sanitarios a los consumidores, sino también desequilibrios en el mercado respecto al suministro masivo de un producto esencial. En estos casos, la Administración Pública se encuentra en una compleja posición, no solo –reiteramos– relacionada con brindar protección frente a los riesgos sanitarios, sino a garantizar el suministro efectivo y eficiente de los productos esenciales, resultando necesario revisar las regulaciones de naturaleza arancelaria y autorizatoria, entre otras, por ejemplo, adoptando medidas destinadas a levantar o atenuar determinadas barreras a la entrada de los productos importados. En efecto, como consecuencia del caso de las fórmulas infantiles de Abbott antes expuesto, la *U.S. Food and Drug Administration* (FDA) adoptó en mayo de 2022 un conjunto de alivios regulatorios temporales en materia de autorización de comercialización de fórmulas infantiles, aun cuando se trata de un producto que, normalmente, se encuentra sujeto a elevados requerimientos regulatorios por su compleja composición técnica nutricional y la vulnerabilidad de la población que lo consume³.

El propósito de este trabajo consiste, en primer lugar, en analizar la cláusula de *recall* o retirada en los contratos de suministro y distribución de productos de

infant formula produced in Abbott Nutrition’s facility in Sturgis, Michigan”, en *FDA News Release*, Maryland, 17 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-warns-consumers-not-use-certain-powdered-infant-formula-produced-abbott-nutritions-facility>, consultado en fecha 18 de mayo de 2022.

² Véase Julie Creswell y Madeleine Ngo, “Baby formula shortage has an aggravating factor: few producers”, en *The New York Times*, Nueva York, 20 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/05/20/business/economy/baby-formula-shortage-market.html>, consultado en fecha 8 de junio de 2022; y The White House, “Fact sheet: President Biden announces additional steps to address infant formula shortage”, *Briefing Room*, Washington, D.C., 12 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/12/fact-sheet-president-biden-announces-additional-steps-to-address-infant-formula-shortage/>, consultado en fecha 15 de junio de 2022.

³ Estados Unidos de América. Infant Formula Enforcement Discretion Policy: Guidance for Industry, Center for Food Safety and Applied Nutrition, FDA-2022-D-0814, mayo, 2022. Disponible en: <https://www.fda.gov/regulatory-information/search-fda-guidance-documents/guidance-industry-infant-formula-enforcement-discretion-policy>, consultado en fecha 6 de junio de 2022.

consumo masivo. En segundo lugar, abordaremos las acciones de retirada voluntaria de los productos del mercado de acuerdo con los manuales diseñados por las empresas fabricantes, distribuidoras y comercializadoras. Luego, estudiaremos el procedimiento de retirada forzosa de productos del mercado, usando como ámbito de referencia las regulaciones alimentarias de los Estados Unidos de América. Finalmente, revisaremos el tratamiento regulatorio otorgado por algunos países en Latinoamérica a los procedimientos de retirada de productos, a fin de contrastarlo con los principios aplicados en el sistema americano.

Para ello, hemos organizado este trabajo de la siguiente forma:

- (I) Características de la cláusula de *recall* o retirada en los contratos de suministro y distribución de productos;
- (II) El manual de retirada de productos;
- (III) La retirada forzosa de los productos del mercado;
- (IV) Tratamiento regulatorio del régimen de retirada de productos en Latinoamérica;
- (V) Conclusiones.

I. Características de la cláusula de *recall* o retirada en los contratos de suministro y distribución de productos

Además de las cláusulas comerciales presentes en todos los contratos de suministro y distribución nacional o internacional de productos derivadas de la relación jurídica de compraventa: envío de las órdenes de producción, determinación de las listas de precios, facturación, entrega de los productos y transferencia del riesgo; este tipo de contratos también cuentan con cláusulas de naturaleza regulatoria por las características propias de los productos de consumo masivo. Así, en nuestro criterio, las principales cláusulas de naturaleza regulatoria presentes en este tipo de contratos son las siguientes:

a. Cláusulas relativas a asuntos previos a la comercialización de los productos: son aquellas en las que se establece la distribución de responsabilidades en materia de (i) protección y licenciamiento de marcas; (ii) adecuación de la formulación de la composición técnica del producto según las normas locales e internacionales aplicables; (iii) titularidad, tramitación y renovación de los permisos y registros sanitarios de los productos; (iv) adecuación del etiquetado a las exigencias regulatorias locales; (v) nacionalización de los productos según la normativa aduanera del país de destino y los tratados de libre comercio que resulten aplicables; y

b. Cláusulas relativas a asuntos posteriores a la entrada de los productos al mercado: son aquellas que se refieren, entre otras, a (i) la promoción y

publicidad de los productos, lo cual resulta especialmente relevante en aquellos casos en los que estos son susceptibles de restricciones regulatorias, como ocurre, por ejemplo, con las fórmulas infantiles cuya promoción y publicidad se encuentra prohibida en muchos países durante el periodo de lactancia exclusiva recomendada por la Organización Mundial de la Salud, y, finalmente, aquellas cláusulas referidas al (ii) **recall o retirada** de productos del mercado.

En este sentido, consideramos esencial incorporar en todos los contratos de suministro y distribución de productos una cláusula de *recall* o retirada donde las partes autorregulen los procedimientos que deberán ejecutarse en caso de identificarse efectos adversos con posterioridad a la entrada de los productos al mercado. Este tipo de cláusulas contienen un conjunto de obligaciones destinadas a crear una integración entre las partes, en este caso, el **fabricante** y el **distribuidor**, quienes poseen la información relevante del producto, en primer lugar, sobre las materias primas, ingredientes y demás componentes que pudieran determinar el origen del efecto adverso sobrevenido y, en segundo lugar, sobre los canales comerciales a través de los cuales los productos fueron distribuidos y vendidos al consumidor final, todo ello a fin de poder medir el riesgo y complejidad asociados a la retirada del producto del mercado correspondiente.

En estos casos, la responsabilidad contractual del fabricante y el distribuidor podría repartirse según la determinación de la causa del efecto adverso, ya que, este podrá ser responsabilidad del fabricante si se encuentra vinculado a un elemento de calidad propio de la etapa de producción, mientras que la responsabilidad podría recaer sobre el distribuidor si los productos han sido almacenados o transportados en violación de las buenas prácticas de almacenamiento y distribución de los mismos. Por ejemplo, en el sector alimentario, existen productos que no son susceptibles a los cambios de temperatura durante su almacenamiento, ya que cualquier variación podría ser capaz de incidir dramáticamente en sus propiedades organolépticas.

En España se ha presentado un interesante debate sobre el tratamiento de la responsabilidad civil del sector alimentario y la Administración Pública en relación a los «riesgos de desarrollo» que operan cuando «el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto»⁴, tomando en cuenta que, en muchas ocasiones, los riesgos sobrevenidos relacionados a un producto pueden haber sido imprevistos tanto para la industria privada como para la Administración, a razón del estado de la ciencia para el momento de la autorización del producto. Pues bien, de acuerdo con la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, derogada

⁴ España. Artículo 140.1e) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Boletín Oficial del Estado No. 287, 30 de noviembre de 2007.

por el hoy vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se instauró en el Derecho español un régimen de responsabilidad objetiva que, aunque establece algunas causales de exoneración, el sector alimentario queda excluido de aprovecharlas en caso de responsabilidad por los riesgos de desarrollo antes referidos, mientras que a través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁵, se excluye de dicha responsabilidad a la Administración Pública, estableciéndose expresamente que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos»⁶, a pesar de que ésta ejerce un importante rol de vigilancia, control y ordenación de la actividad generadora de riesgos en el marco de sus procedimientos administrativos de autorización⁷.

Escapa del propósito de este trabajo analizar la responsabilidad derivada de los daños causados por productos defectuosos; sin embargo, con el anterior esbozo, tan solo deseamos hacer constar los altos niveles de complejidad técnica relacionados con la determinación de los riesgos asociados a los productos y, posteriormente, con la atribución de la responsabilidad a los diferentes agentes económicos que se encuentren involucrados, ya que ésta podría derivar, incluso, de la falta de evaluación de determinado efecto adverso a causa del estado de la ciencia para el momento de la invención, desarrollo y autorización de un producto. No cabe duda, por lo tanto, de la importancia de la labor de autorregulación de los procedimientos de retirada de los productos que debe ejercer la industria de consumo masivo con el propósito de gestionar, minimizar y mitigar los riesgos derivados de una situación de *recall*, según analizaremos en la siguiente sección de este trabajo.

II. El manual de retirada de productos

La cláusula de *recall* o retiradas se encuentra, normalmente, integrada a un **manual de retirada de productos** que puede formar parte del Contrato y, en base al cual, el productor o distribuidor autorregula el procedimiento de retirada voluntaria en caso de que se presente algún evento que ponga en riesgo la salud pública. El manual de retirada de productos debe contar con los elementos propios de cada empresa, tomando en cuenta la complejidad logística de cada operación.

⁵ España. Boletín Oficial del Estado No. 285, 27 de noviembre de 1992.

⁶ España. Artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Boletín Oficial del Estado No. 236, 2 de octubre de 2015.

⁷ Aquí seguimos a Mariola Rodríguez Font, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 282 y ss.

Por ejemplo, no será lo mismo realizar una acción de retirada en una compañía de bebidas gaseosas, que en un laboratorio farmacéutico especializado en medicamentos huérfanos de prescripción facultativa. Resultará mucho más complejo ejecutar la recogida de las bebidas en contraposición con los medicamentos huérfanos de prescripción facultativa, no solo por la naturaleza de disposición masiva del primero frente al segundo, sino por la dificultad de su trazabilidad. En efecto, los récipes médicos de medicamentos destinados a curar enfermedades raras aportan un claro elemento que facilita el seguimiento del producto hasta el consumidor final, a diferencia de la factura comercial general vinculada a la comercialización de bebidas gaseosas como producto de consumo masivo. Así, en este último caso, resultará, por ejemplo, necesario y eficiente, diseñar campañas informativas que deberán difundirse a través de los medios de comunicación y redes sociales notificando a los consumidores de dicha retirada. En este sentido, a continuación, expondremos los elementos que consideramos más importantes para un manual de retirada de productos⁸:

a. Comité de *recall*: creación de un comité encargado de la implementación del manual, a fin de que cuando se presente algún evento de esta naturaleza, las personas responsables puedan asumir inmediatamente sus roles. Por ejemplo, el gerente general y los gerentes de las áreas de logística, comercial, producto, mercadeo, regulatorio, cumplimiento y legal de las empresas involucradas, representan, según cada operación, los principales cargos o departamentos entre las cuales se podrían distribuir las diferentes responsabilidades para la gestión de un evento de generación de riesgos para la salud pública.

b. Conocimiento del evento adverso: identificación del evento que justifique la existencia de una relación de causalidad entre un efecto adverso y un producto, bien sea por identificación de oficio por parte de la empresa o de alguna autoridad nacional o internacional, por una queja o denuncia de algún consumidor, cliente o cualquier persona u organización, así como por medio de publicaciones científicas o técnicas, entre otras fuentes legítimas de conocimiento del riesgo.

c. Evaluación del riesgo: análisis del riesgo por medio de la ejecución de estudios de laboratorio sobre muestras o lotes del producto, con el objeto de determinar la existencia de elementos de prueba o certeza en relación con la identificación del efecto adverso sobrevenido. Dichos estudios técnicos podrán ejecutarse antes y(o) en paralelo con la retirada del producto del mercado, dependiendo de la gravedad del caso y la certeza, razonabilidad o plausibilidad técnica de las evidencias existentes.

⁸ Al respecto, hemos utilizado como documento de referencia para identificar los elementos más importantes: Estados Unidos de América. Initiation of Voluntary Recalls Under 21 CFR Part 7, Subpart C Food and Drug Administration, Guidance for Industry and FDA Staff, marzo, 2022. Disponible en: <https://www.fda.gov/media/123664/download>, consultado en fecha 19 de mayo de 2022.

A estos efectos, las cláusulas de *recall* normalmente obligan al fabricante y al distribuidor a resguardar muestras de productos relativos a cada lote comercializado, con el fin de facilitar la ejecución de pruebas de laboratorio en caso de existir sospechas de efectos adversos. El resguardo de los lotes normalmente debe hacerse tanto en origen, en manos del fabricante, como en el país de destino, en manos del distribuidor, a fin de disponer de muestras sometidas a las características propias de la fabricación, así como de la manipulación comercial propia de la actividad del distribuidor en el país de destino donde ha sido identificado el efecto adverso sobrevenido.

d. Tipos de *recall*: determinación del tipo de *recall* que deba implementarse (clase I, II o III), según la gravedad del caso. Así, por ejemplo, dependiendo si el riesgo identificado es remoto o próximo, podría decidirse difundir una alerta pública a los consumidores y retirar el producto de forma inmediata, realizar una retirada gradual del producto, o bien ejecutar una retirada silenciosa.

En efecto, si se determina que el evento no pone en riesgo de forma alguna la salud de las personas, por tratarse de errores no sustanciales en el etiquetado o cualquier otro problema menor, la empresa podría hacer un *recall* silencioso, sin necesidad de notificar a las autoridades. A diferencia de lo anterior, en caso de realizarse estudios de laboratorio y estos concluyan la existencia de un riesgo próximo a la salud pública que justifique una retirada urgente e inmediata del mercado, el área de logística de la empresa responsable jugará evidentemente un rol muy relevante, debiendo implementar una estrategia de logística inversa del producto desde los canales de comercialización hasta el almacén central donde podrá realizarse su cuarentena y posterior disposición final, si fuere el caso. Para ejecutar esta estrategia será necesario identificar y contactar a todos los subdistribuidores, mayoristas y clientes de la compañía a los fines de asegurar, primero, el *recall* en sus establecimientos y, posteriormente, la recogida del producto por parte de la empresa. Más complejo aún es la retirada del producto ya adquirido por los consumidores finales, cuya retirada se deberá comunicar a los mismos a través de los medios de comunicación, pudiendo establecerse, incluso, centros de entrega y(o) canje de los productos. Por ello, deberá definirse y verificarse hasta dónde ha llegado el producto en el canal de comercialización, es decir, a nivel de mayoristas, distribuidores y(o) consumidores con el propósito de determinar la gravedad de la exposición del riesgo y definir el tipo de *recall* que deberá implementarse.

e. Notificación a la autoridad regulatoria: una vez realizada la notificación de la retirada voluntaria a la autoridad regulatoria competente, ésta podrá implementar medidas administrativas y cláusulas accesorias a la autorización de comercialización destinadas a minimizar y gestionar los riesgos asociados al caso, como, por ejemplo, la suspensión o revocación de la autorización de comercialización y la implementación de técnicas de seguimiento que permitan hacer la trazabilidad correspondiente al producto y a los riesgos causados, según analizaremos en la sección III de este trabajo.

f. Estrategias de comunicación y seguimiento: la empresa responsable deberá, en caso de ser necesario, difundir comunicaciones públicas a los consumidores sobre el estado de los riesgos, es decir, si estos fueron verificados, desvirtuados o revertidos con base en las estrategias y planes de retirada del mercado, informando con transparencia su naturaleza, así como las advertencias, precauciones y medidas que deberán implementarse para mitigarlo. En determinados casos, el efecto adverso pudiese estar asociado no a un elemento propio de la composición del producto, sino, más bien, a un agente externo que haya incidido luego sobre el mismo, como, por ejemplo, la existencia de elementos contaminantes en un almacén del fabricante o distribuidor.

g. Fin del *recall*: El fin del *recall* se verificará una vez se haya ejecutado la recogida del producto afectado y se confirme el monitoreo efectivo de la neutralización definitiva del riesgo a la salud pública, procediéndose, finalmente, a la disposición final de los productos recuperados. Adicionalmente, la empresa responsable deberá actualizar sus planes y manuales según la experiencia del evento, con el objeto de ejecutar las mejoras a que haya lugar y disponer para el futuro de las más efectivas y eficientes estrategias de retiro.

Como señalamos al inicio de este trabajo, la finalización del *recall* se encuentra asociada a importantes costos y gastos, no solo logísticos y operativos, sino judiciales, ya que, dependiendo de la gravedad de los efectos adversos causados por el producto a los consumidores, así como la transparencia aplicada en el tratamiento de la gestión de los riesgos objeto del *recall*, la empresa responsable podrá estar vinculada a determinadas responsabilidades patrimoniales de alto impacto financiero. Por ejemplo, en 2007, Merck llegó a un arreglo extrajudicial de más de cuatro mil millones de dólares derivado de 27.000 demandas judiciales interpuestas en su contra por los efectos cardíacos negativos e, incluso muertes, causadas en 2004 por su medicamento Vioxx, lo cual motivó su retirada voluntaria del mercado⁹.

Tal como se ha analizado, la industria de productos de consumo masivo participa en colaboración con la Administración Pública en la protección de la salud pública mediante la retirada voluntaria de sus productos del mercado, en

⁹ Alex Berenson, “Merck agrees to settle Vioxx suits for \$4.85 billion”, en *The New York Times*, Nueva York, 9 de noviembre de 2007. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2007/11/09/business/09merck.html>, consultado en fecha 18 de mayo de 2022; The Associated Press, “Merck announces withdrawal of Vioxx painkiller”, en *The New York Times*, Nueva York, 30 de septiembre de 2004. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2004/09/30/business/merck-announces-withdrawal-of-vioxx-painkiller.html>, consultado en fecha 18 de mayo de 2022; Harlan Krumholz, “What have we learnt from Vioxx?”, en *British Medical Journal*, Volumen 334, British Medical Association, Londres, 20 de enero de 2007, pp. 120 y ss.; Peter S. Kim y Alise S. Reicin, “Discontinuation of Vioxx”, en *The Lancet*, Volumen 365, Elsevier, Londres, 1 de enero de 2005, p. 23.

caso de identificarse riesgos sobrevenidos contra la salud. No hace falta, en efecto, que la autoridad regulatoria adopte *a priori* una medida administrativa que obligue a las empresas privadas a realizar la retirada de sus productos, ya que éstas se encuentran genuinamente interesadas en evitar causar tales daños a los consumidores, tanto desde un punto de vista sanitario como financiero¹⁰. Sin embargo, tal como veremos en la próxima sección, resulta necesario establecer regulaciones destinadas a supervisar el retiro voluntario de los productos y, en caso de ser necesario, ordenar su retiro forzoso del mercado, en caso de que los intereses público-privados no confluyan e, incluso, cuando el análisis técnico de los riesgos sobrevenidos se encuentren asociados a importantes espacios de incertidumbre científica que dificulten la toma de decisiones sobre el retiro voluntario de los productos y, como consecuencia, exijan la adopción de una posición definitiva de parte de la Administración Pública.

III. La retirada forzosa de los productos del mercado

Como ya hemos señalado, el sector empresarial cuenta con la iniciativa de realizar la retirada voluntaria de los productos, ya que es el agente con más elementos de conocimiento sobre estos y, por lo tanto, quien puede identificar más rápidamente cualquier riesgo sobrevenido sobre la salud pública con base en su alcance en materia logística, comercial, regulatoria, atención al cliente, entre otras áreas. Por su parte, la Administración Pública detenta las potestades administrativas necesarias para ordenar en cualquier momento la retirada forzosa de los productos del mercado, aun cuando, normalmente, continuará siendo necesaria la colaboración logística de la empresa privada responsable del producto afectado por dicha medida.

Con ello tan solo deseamos resaltar que, este tipo de acciones, requieren de una colaboración público-privada, la cual, como veremos, se manifestará con estrategias de autorregulación y flujo de información de la empresa privada, por una parte, así como, por la otra, con la adopción de normas de *soft law* y el inicio de procedimientos administrativos que contribuyan a racionalizar los mandatos legales generales en materia de protección de la salud pública mediante la ordenación de la referida actividad de autorregulación, así como de la actividad comercial de distribución y comercialización en el marco de los procedimientos administrativos de autorización, suspensión y revocación de los registros y permisos sanitarios, así como del retiro forzoso de los productos.

En este sentido, como ámbito regulatorio de referencia, a continuación, analizaremos el procedimiento de retiro forzoso establecido en la legislación americana, específicamente, en el *FDA Food Safety Modernization Act*¹¹, el cual

¹⁰ Al respecto, véase Mariola Rodríguez Font, *ob. cit.*, pp. 279 y ss.

¹¹ Estados Unidos de América. *Public Law*, 111-353, 124 Stat. 3885, 4 de enero de 2011.

resulta aplicable en caso de que la Secretaría de Salud determine la existencia de un evento de riesgo grave a la salud pública y la empresa privada responsable no lleve a cabo el retiro voluntario de los productos involucrados en dicho evento¹².

La Secretaría de Salud debe, así, revisar y evaluar previamente el registro de incidentes en materia alimentaria (*Reportable Food Registry*) organizado y administrado por la FDA, el cual reúne las denuncias reportadas por las autoridades sanitarias federales, estatales y locales, así como por la industria de alimentos¹³. Si, luego de la referida revisión, la Secretaría de Salud identifica evidencias que determinen la existencia de una probabilidad razonable de que un producto se encuentre adulterado¹⁴ o que su etiquetado contenga declaraciones fraudulentas o engañosas¹⁵ y su consumo cause riesgos graves a la salud pública, la Secretaría notificará a la empresa responsable, exhortándole a suspender la distribución y retirar los productos afectados¹⁶. En estos casos, se fijará una audiencia con la empresa responsable donde ésta podrá presentar sus alegatos, pruebas y defensas a fin de que sean evaluados todos los detalles vinculados al producto y, como consecuencia, sea confirmada o no la ejecución del *recall*¹⁷.

Al respecto, la FDA ha establecido las características de las pruebas y evidencias que deben ser recabadas por la autoridad sanitaria para determinar, en un caso concreto, la existencia de una probabilidad razonable de riesgo contra la salud pública¹⁸. En este sentido, la FDA dispone que, para adoptar un retiro forzoso, dicha decisión debe fundamentarse en pruebas, tales como (i) graves consideraciones de seguridad alimentaria recogidas durante la inspección del establecimiento relacionado al asunto; (ii) resultados de análisis de muestras de los productos investigados; (iii) data epidemiológica; (iv) apreciación de la vulnerabilidad de la población que normalmente consume el producto; (v) quejas y denuncias, entre otros elementos probatorios¹⁹.

En la práctica, es necesario considerar la posibilidad de que las anteriores evidencias se encuentren envueltas en espacios de incertidumbre científica. En efecto, es posible que la razón por la cual la industria privada no haya retirado

¹² 21 Code of Federal Regulations (C.F.R.) § 350l.

¹³ *Ibid.*, § 350f(b)(1) y (2).

¹⁴ *Ibid.*, § 342.

¹⁵ *Ibid.*, § 343(w).

¹⁶ *Ibid.*, § 350l.

¹⁷ *Ibid.*, § 350l(c).

¹⁸ Estados Unidos de América. Questions and Answers Regarding Mandatory Food Recalls, Guidance for Industry and FDA Staff, Food and Drug Administration, noviembre, 2018. Disponible en: <https://www.fda.gov/media/117429/download>, consultado en fecha 17 de junio de 2022.

¹⁹ Questions and Answers Regarding Mandatory Food Recalls, Guidance for Industry and FDA Staff, pp. 6 y ss.

voluntariamente un producto del mercado se deba a la falta de pruebas conclusivas que determinen la relación de causalidad entre el producto y el riesgo a la salud pública identificado por la autoridad sanitaria en un momento dado. Las complejidades técnicas asociadas a un caso concreto podrán dificultar la producción de dichas evidencias técnicas, ya que, por ejemplo, el estado actual de la ciencia podría impedir su identificación por no existir suficientes conocimientos sobre esa afección a la salud (bien sea una enfermedad o un padecimiento determinado), el riesgo se encuentre relacionado con la interacción de múltiples productos o sustancias difíciles de identificar, o las muestras existentes no permitan arrojar conclusiones definitivas sobre la existencia del riesgo, por mencionar solo algunos ejemplos.

Como consecuencia de lo anterior, existirán casos relacionados a espacios de incertidumbre científica en los que la Administración Pública no podrá aportar evidencias técnicas definitivas sobre la situación de riesgo a la salud pública que se esté apreciando en un caso concreto y, por lo tanto, consideramos que, ante el vacío técnico producido por la situación de incertidumbre, la decisión administrativa de retiro forzoso del producto también deberá atender a criterios de experiencia, prudencia o lógica que permitan adoptar la decisión más razonable, óptima o plausible para el bienestar general, según el estado de la ciencia y del conocimiento en ese momento, así como con base en un examen riesgo-beneficio²⁰. Aunado a ello, la FDA podrá suspender la comercialización de un producto e implementar cláusulas accesorias a dicha decisión administrativa que contribuyan a promover el flujo de información público-privada, con el propósito de obtener mayores elementos de certeza sobre el riesgo identificado, como, por ejemplo, mediante el requerimiento de nuevos estudios de laboratorio, el envío de reportes periódicos sobre los efectos generados por el producto o la implementación de estrategias de evaluación y mitigación de riesgos que aseguren el balance positivo del examen riesgo-beneficio, entre otras técnicas de trazabilidad²¹.

²⁰ Eileen Abt, Joseph V. Rodicks, Jonathan I. Levy, Lauren Zeise y Thomas A. Burke, “Science and decisions: advancing risk assessment”, en *Risk Analysis. An International Journal*, Volumen 30, Wiley-Blackwell, West Sussex, julio, 2010, pp. 196 y ss.; y Ralph L. Keeney y Detlof Von Winterfeldt, “Appraising the precautionary principle — a decision analysis perspective”, en *Journal of Risk Research*, Volumen 4, Routledge, Oxfordshire, 2001, pp. 191 y ss.

²¹ Véase Francisco Velasco Caballero, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 122 y ss.; Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 199 y ss.; Eva Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 61 y ss., y *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 139 y ss.; César David Ciriano Vela, *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 138 y ss.; y José

En este sentido, el 30 de septiembre de 1993, el presidente de los Estados Unidos de América, William H. Clinton, dictó la Orden Ejecutiva No. 12866²² que establece los principios que deben orientar a la actividad administrativa de las agencias federales²³: (i) la discrecionalidad para medir mediante criterios de razonabilidad el nivel y la naturaleza de los riesgos asociados a una actividad²⁴; (ii) la eficacia de las técnicas regulatorias aplicadas en el procedimiento administrativo, en orden a incentivar la innovación, la predictibilidad, la flexibilidad y la equidad²⁵; (iii) la evaluación de la actividad mediante el examen riesgo-beneficio²⁶; (iv) promover el flujo de información sobre los beneficios y riesgos asociados a la actividad, basando las decisiones en la mejores criterios técnicos, económicos y sociales obtenidos²⁷; (v) diseñar las decisiones con el objeto de imponer la menor carga posible a la sociedad, atendiendo a los diferentes intereses individuales y económicos²⁸; y (vi) la transparencia de las regulaciones administrativas²⁹.

Como puede apreciarse, las técnicas de colaboración y el flujo de información público-privado constituyen elementos esenciales en los procedimientos de retirada forzosa de productos, tomando en cuenta, como vimos, que la FDA requerirá del apoyo técnico y logístico de las empresas que participan en su fabricación, distribución y comercialización para la ejecución del *recall*, así como para diseñar las decisiones y medidas administrativas que mejor se adapten o aproximen a la gestión del riesgo inicialmente identificado, conjuntamente, con la recolección de data técnica derivada de otras valiosas fuentes, por ejemplo, requerimiento de información técnica a peritos y expertos independientes, así como a asociaciones de consumidores y pacientes, entre otros³⁰. La Administración Pública carece, en efecto, del personal y recursos suficientes para llevar a cabo tales labores de análisis técnico, por lo que resulta necesario que en

María Rodríguez De Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 69 y ss.

²² Estados Unidos de América. Registro Federal, Volumen 58, No. 190, 4 de octubre de 1993.

²³ Esta Orden Ejecutiva ha sido confirmada por la Orden Ejecutiva No. 13563, *Registro Federal*, Volumen 76, No. 14, 21 de enero de 2011. Registro Federal, Volumen 58, No. 190, 4 de octubre de 1993.

²⁴ Estados Unidos de América. Orden Ejecutiva 12866 § 1(4).

²⁵ *Ibid.*, § 1(5).

²⁶ *Ibid.*, § 1(6).

²⁷ *Ibid.*, § 1(7).

²⁸ *Ibid.*, § 1(10).

²⁹ *Ibid.*, § 1(11).

³⁰ Véase, por ejemplo, los comités de expertos establecidos en Estados Unidos de América. Food and Drug Administration Modernization Act of 1997 § 120, *Public Law*, 105-115, 105 Stat. 1677, 21 de noviembre de 1997.

el procedimiento administrativo participen grupos de expertos, así como profesionales de otras áreas del conocimiento que colaboren en la identificación y valoración de los riesgos asociados a los productos investigados, lo cual contribuye a establecer una comprensión integral de los riesgos asociados a los productos³¹.

A continuación, analizaremos algunas normas en materia de retirada de productos en Latinoamérica, a fin de contrastarlas con el tratamiento regulatorio, anteriormente estudiado, otorgado por las autoridades americanas.

IV. Tratamiento regulatorio del régimen de retirada de productos en Latinoamérica

Hemos identificado disposiciones legales y administrativas en materia de retirada de productos del mercado en Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, México y Perú, las cuales nos ha parecido útil contrastar con las regulaciones americanas analizadas anteriormente, con el fin de identificar los principales elementos que distinguen el tratamiento de los procedimientos de retiro voluntario y forzoso de productos en estos países.

En este sentido, en Latinoamérica, las regulaciones especiales en materia de retirada de productos se encuentran, principalmente, contenidas en las normas de protección al consumidor (Chile³², Costa Rica³³, México³⁴ y Perú³⁵) y, en otros casos, encontramos que, adicionalmente, las autoridades sanitarias han diseñado

³¹ Francisco B. López-Jurado Escribano, “Los procedimientos administrativos de gestión del riesgo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnés (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2008, p. 168; Rainer Pitschas, “El Derecho Administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Javier Barnés (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 241; y Ricardo García Macho, “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnés (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 208 y ss.

³² Chile. Decreto con Fuerza de Ley que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 19.496, que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, Presidencia de la República, Diario Oficial, 31 de mayo de 2021.

³³ Costa Rica. Reglamento a la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472, Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo N° 37899-MEIC, Diario Oficial La Gaceta N° 182, 23 de setiembre de 2013.

³⁴ México. Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor, Presidencia de la República, Diario Oficial de la Federación, 19 de diciembre de 2019.

³⁵ Perú. Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Congreso de la República, Diario Oficial El Peruano, 2 de setiembre de 2010.

disposiciones de *soft law* administrativo dirigidas a establecer instructivos y recomendaciones para las empresas sobre las acciones de retirada de los productos, presentando la estructura de los planes, programas y procedimientos durante las fases de verificación, evaluación, comunicación de los riesgos sobrevenidos, así como de la logística inversa que debe implementarse en estos casos (Argentina³⁶ y Ecuador³⁷). A continuación, nos referiremos a las principales características identificadas en dichas normas:

Las normas en Argentina³⁸, Chile³⁹, Costa Rica⁴⁰, Ecuador⁴¹, México⁴² y Perú⁴³ coinciden en reconocer la iniciativa de la retirada de los productos a la empresa privada, estableciéndose, en todas, el deber de notificar a la autoridad administrativa competente sobre dicha situación de riesgo a la salud. Ahora bien, las normativas de Costa Rica y Ecuador establecen, además del deber de informar a la autoridad, la obligación de someter el programa de retirada de los productos ante un evento determinado a la aprobación previa de la autoridad administrativa competente⁴⁴.

³⁶ Argentina. Manual de Recomendaciones para el Retiro de Alimentos del Mercado, Administración Nacional de Alimentos, Medicamentos y Tecnología Médica. Disponibles en: http://www.anmat.gov.ar/alimentos/manual_retiro_empresas.pdf, consultado en fecha 20 de junio de 2022.

³⁷ Ecuador. Instructivo Externo. Notificación de Retiro del Mercado de Productos de Uso y Consumo Humano sujetos a Control y Vigilancia Sanitaria y Anexo: Guía del Usuario. Estrategia de Retiro del Mercado, Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, octubre, 2016. Disponibles en: https://www.controlsanitario.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/12/IE-E.4.1-GN-02_-RETIRO_DEL_MERCADO.pdf, consultado en fecha 20 de junio de 2022.

³⁸ Argentina. *Manual de Recomendaciones para el Retiro de Alimentos del Mercado*, p. 11.

³⁹ Chile. Artículo 46 del Decreto con Fuerza de Ley que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 19.496, que establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

⁴⁰ Costa Rica. Artículo 123 del Reglamento a la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472.

⁴¹ Ecuador. Instructivo Externo. Notificación de Retiro del Mercado de Productos de Uso y Consumo Humano sujetos a Control y Vigilancia Sanitaria, p. 5 y Anexo: Guía del Usuario. Estrategia de Retiro del Mercado, p. 2.

⁴² México. Artículo 70.I del Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

⁴³ Perú. Artículo 28 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁴⁴ Perú. Artículo 124 del Reglamento a la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472; y Ecuador. Anexo: Guía del Usuario. Estrategia de Retiro del Mercado, p. 3 y ss.

Al respecto, consideramos que las circunstancias de retiro de un producto del mercado, como hemos visto antes, pueden estar asociadas a situaciones de emergencia sanitaria, por lo que, si la autoridad no impulsa estos procedimientos con la oportuna celeridad, los retrasos en la aprobación de los programas de retiro podrían afectar la capacidad de reacción de la empresa responsable frente a los riesgos sanitarios, pudiendo resultar irremediables los daños causados para el momento de la terminación del procedimiento de aprobación.

Consideramos que la regulación peruana es mucho más moderna en comparación con las anteriores, ya que establece que la empresa responsable podrá adoptar las medidas que, según su iniciativa, considere pertinentes, relativas a las estrategias de retirada de los productos y a la comunicación del riesgo a los consumidores, sin perjuicio, evidentemente, de las medidas administrativas que decida adoptar la autoridad competente⁴⁵. En relación con la comunicación del riesgo a los consumidores, la ley peruana presenta un conjunto de criterios aplicables a la difusión pública de las alertas sanitarias, tales como (i) la celeridad de la comunicación según la gravedad del riesgo; (ii) el tamaño y frecuencia de las publicaciones; (iii) la naturaleza del riesgo o peligro; (iv) el lenguaje de comunicación del riesgo; (v) el nivel de incertidumbre científica asociada al riesgo; (vi) las medidas que serán implementadas para mitigar el riesgo; y (vii) el deber de ofrecer una fuente de información gratuita que permita a los consumidores informarse mejor sobre el riesgo y el evento adverso concreto⁴⁶.

De esta manera, podemos decir que la normativa peruana reconoce, por una parte, la importancia de la colaboración público-privada en estas situaciones, tomando en cuenta que la empresa responsable será la que probablemente conozca con más certeza el origen del riesgo y pueda implementar más rápidamente las medidas destinadas a minimizarlo o mitigarlo y, por otra, la referida ley hace también mención expresa a la posibilidad de que un riesgo se vea envuelto en situaciones de incertidumbre científica en caso de producirse efectos adversos imprevistos, distinguiéndose la responsabilidad del proveedor en estos casos frente a aquellos donde el riesgo haya sido previsible con ocasión a la entrada del producto al mercado. Esto último nos parece muy importante de valorar por parte de la autoridad competente, ya que el enfoque de la decisión administrativa podrá variar en un caso concreto donde se encuentren presentes mayores o menores espacios de incertidumbre técnica, tal como lo analizamos en la sección III de este trabajo.

Por su parte, nos ha parecido que la normativa mexicana se asemeja mucho al tratamiento regulatorio americano, estableciéndose la potestad de la autoridad administrativa de ordenar la retirada forzosa del producto del mercado, siempre

⁴⁵ Perú. Artículo 28 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

⁴⁶ Perú. Artículo 29 de la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

que dicha decisión se fundamente en (i) estudios y análisis técnicos realizados de oficio por las autoridades administrativas; (ii) dictámenes técnicos emanados de peritos y laboratorios acreditados en la materia; y (iii) alertas dictadas por autoridades nacionales o extranjeras⁴⁷. Todo ello, sin embargo, previa consideración de los alegatos y pruebas aportados por la empresa responsable, los cuales podrán incidir en la decisión administrativa sobre la retirada forzosa⁴⁸.

Por último, debemos hacer referencia aparte a las disposiciones de *soft law* administrativo adoptadas por las autoridades sanitarias en Argentina y Ecuador. Entre los países analizados en Latinoamérica, Argentina posee, en nuestro criterio, disposiciones completas y exhaustivas que deben ser referencia en esta materia para otros países, concretamente, en relación a las estrategias, planificación y procedimientos de retirada de productos, las cuales, además, se encuentran fundamentadas en regulaciones dictadas por las autoridades sanitarias en Australia, Canadá, Estados Unidos de América, Hong Kong, Irlanda y Nueva Zelanda⁴⁹. En igual sentido, las normas de *soft law* administrativo de la autoridad sanitaria ecuatoriana también contienen, aunque con menor nivel de detalle, un programa en materia de estrategia de retiro de productos del mercado, en donde se analizan tales acciones en todas sus fases, desde la verificación del riesgo hasta las acciones post-retiro.

Ahora bien, en nuestro criterio, la principal diferencia entre las disposiciones argentinas y ecuatorianas radica en la perspectiva regulatoria implementada por ambas autoridades a los fines de racionalizar o concretar el mandato legal general de protección a la salud pública. En este sentido, la norma argentina contiene un conjunto de recomendaciones y lineamientos que cumplen funciones de ordenación de la actividad de autorregulación de la empresa privada, orientándola a través de la fijación de criterios y principios especiales para las estrategias, planes y procedimientos de retirada. A diferencia de ello, la regulación ecuatoriana sujeta los programas de retirada elaborados por las empresas a un procedimiento de aprobación, en el marco del cual, ésta también podrá racionalizar o concretar los mandatos legales generales de protección a la salud pública por medio de la ordenación de las estrategias de retirada desde un ámbito procedimental⁵⁰.

No obstante, debemos reiterar que, en relación al procedimiento aprobatorio de la estrategia de retiro dispuesta por la normativa ecuatoriana, debe valorarse la importancia de la celeridad de la actividad administrativa en estos casos, ya que

⁴⁷ México. Artículo 70 del Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

⁴⁸ México. Artículo 73 del Reglamento de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

⁴⁹ Argentina. *Manual de Recomendaciones para el Retiro de Alimentos del Mercado*, p. 69.

⁵⁰ Sobre esta función de dirección entre la actividad legislativa y de aplicación de la ley, véase EberhardSchmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública – Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 210 y ss.

cualquier retraso en la implementación de la acción de retirada de un producto podría causar daños irreparables a la salud de los consumidores, así como agravar la responsabilidad de la empresa involucrada en el evento.

En conclusión, consideramos que, al contrastar las regulaciones americanas y latinoamericanas sometidas a estudio, encontramos una coincidencia sobre el reconocimiento de la iniciativa de la empresa privada para realizar el retiro de sus productos, aun cuando, posteriormente, vemos una mayor presencia de la colaboración público-privada en el sistema americano frente al latinoamericano, con las excepciones de Perú y Argentina, cuyas regulaciones otorgan un mayor protagonismo al sector privado en materia de autorregulación y tratamiento de la información técnica y logística relacionada a los productos en una situación de *recall*.

Asimismo, aun cuando es posible que exista en Latinoamérica un mayor número de disposiciones de *soft law* administrativo no analizadas en este trabajo, consideramos que la agencia sanitaria americana ejerce una importante labor de transparencia normativa de las regulaciones adoptadas por ésta, a diferencia de algunos organismos reguladores en Latinoamérica que, en nuestro criterio, no difunden ampliamente o carecen de las herramientas necesarias para comunicar las disposiciones de *soft law* administrativo y procedimientos internos por ellas adoptadas.

V. Conclusiones

(i) Los contratos nacionales e internacionales de suministro y distribución de productos requieren de la incorporación de cláusulas de *recall*, destinadas a estructurar los procedimientos de retirada y distribuir las responsabilidades de las partes (fabricante y distribuidor) en caso de que algún producto genere riesgos sobrevenidos contra la salud pública. Existen importantes casos en materia farmacéutica y alimentaria que demuestran la gravedad del alcance de las consecuencias adversas derivadas de este tipo de eventos, capaces de afectar no solo la salud e integridad física de los consumidores, sino incluso causar desequilibrios en el mercado, como, por ejemplo, situaciones de escasez.

(ii) Los manuales de retirada de productos constituyen una manifestación de la actividad autorregulatoria de las empresas, dirigida a diseñar estrategias y planes de retirada de sus productos según las características propias de cada operación comercial, con el objeto de minimizar y mitigar las consecuencias adversas sobrevenidas que estos puedan causar contra la salud pública.

(iii) Hemos identificado que las autoridades administrativas americanas, por una parte, y, por otra, las autoridades sanitarias argentina y ecuatoriana en Latinoamérica, han diseñado disposiciones de *soft law* administrativo destinadas a racionalizar o concretar el mandato legal general de protección a la salud pública a través de la ordenación de la actividad de autorregulación de la empresa privada.

En este sentido, puede concluirse que el *soft law* administrativo, en esta materia, cumple con la función de aportar a las empresas los criterios y principios técnicos destinados a orientarlas en el diseño y elaboración de los manuales y estrategias de retiro de productos del mercado.

(iv) Las empresas responsables de la fabricación, distribución y comercialización de los productos poseen la iniciativa para realizar su retiro voluntario del mercado, tomando en cuenta que, generalmente, son estas quienes mejor conocen la información relevante del producto, por ejemplo, respecto a sus materias primas, ingredientes y demás componentes que pudieran determinar el origen del efecto adverso sobrevenido, así como la información sobre los canales comerciales donde se encuentran los productos (a nivel de mayoristas, distribuidores o consumidores) a fin de evaluar y determinar el nivel de riesgo existente y la estrategia más conveniente que deba implementarse para realizar la recogida de los mismos.

(v) Vemos una mayor presencia de la colaboración público-privada en el sistema regulatorio americano frente al latinoamericano, con las excepciones de Argentina y Perú, cuyas regulaciones otorgan un mayor protagonismo al sector privado en materia de autorregulación y tratamiento de la información técnica y logística relacionada a los productos en una situación de *recall*.

(vi) Tanto en Estados Unidos como en Latinoamérica, las autoridades reguladoras deben supervisar las acciones de retirada voluntaria ejecutadas por las empresas, aun cuando, en ciertas ocasiones, aquéllas deberán adoptar las decisiones y medidas administrativas que consideren pertinentes, como, por ejemplo, la suspensión del registro sanitario, conjuntamente, con la implementación de medidas de seguimiento, trazabilidad o fármaco vigilancia, destinadas a verificar el balance positivo del examen riesgo-beneficio asociado a una situación específica.

(vii) En caso de que las empresas responsables no realicen el retiro voluntario de un producto y la autoridad competente posea elementos de prueba y evidencias que determinen la existencia de riesgos graves para la salud pública vinculados a éste, los sistemas normativos americanos y latinoamericanos otorgan potestades a las autoridades administrativas para ordenar el retiro forzoso del producto del mercado, previa consideración de los alegatos y pruebas aportados por la empresa responsable. Es posible que, en determinados casos, existan espacios de incertidumbre científica que impidan demostrar de forma conclusiva la existencia de un riesgo a la salud. Por lo tanto, consideramos que, ante el vacío técnico producido por la situación de incertidumbre, la decisión administrativa de retiro forzoso del producto también deberá atender a criterios de experiencia, prudencia o lógica que permitan adoptar la decisión más razonable, óptima o plausible para el bienestar general, según el estado de la ciencia y del conocimiento en ese momento, así como con base a un examen riesgo-beneficio.

(viii) Los procedimientos administrativos de autorización y de retirada forzosa operan como una herramienta de racionalización del mandato legal general de protección de la salud pública a través de la ordenación de la actividad comercial de las empresas fabricantes, distribuidoras y comercializadoras de productos. De esta manera, las autoridades sanitarias en Estados Unidos y Latinoamérica buscan orientar la actividad comercial de las empresas en situaciones de riesgo a la salud pública, bien sea mediante la adopción de órdenes de retiro de los productos y la suspensión o revocación de los registros y permisos sanitarios, así como mediante la implementación de medidas de seguimiento, trazabilidad o farmacovigilancia en el marco de los referidos procedimientos administrativos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABT, Eileen, RODICKS, Joseph V., LEVY, Jonathan I., ZEISE, Lauren y BURKE, Thomas A., “Science and decisions: advancing risk assessment”, en *Risk Analysis. An International Journal*, Volumen 30, Wiley-Blackwell, West Sussex, julio, 2010.

ABBOTT Media, “Abbott voluntarily recalls powder formulas manufactured at one plant”, en *Abbott Press Release*, Michigan, 17 de febrero de 2022. Disponible en: <https://abbott.mediaroom.com/2022-02-17-Abbott-Voluntarily-Recalls-Powder-Formulas-Manufactured-at-One-Plant>.

BERENSON, Alex, “Merck agrees to settle Vioxx suits for \$4.85 billion”, en *The New York Times*, Nueva York, 9 de noviembre de 2007. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2007/11/09/business/09merck.html>.

BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

CIRIANO VELA, César David, *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

CRESWELL, Julie y NGO, Madeleine, “Baby formula shortage has an aggravating factor: few producers”, en *The New York Times*, Nueva York, 20 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/05/20/business/economy/baby-formula-shortage-market.html>.

DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997.

_____, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION, “FDA warns consumers not to use certain powdered infant formula produced in Abbott Nutrition’s facility in Sturgis, Michigan”, en *FDA News Release*, Maryland, 17 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-warns-consumers-not-use-certain-powdered-infant-formula-produced-abbott-nutrition-facility>.

GARCÍA MACHO, Ricardo: “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, BARNÉS, Javier (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2008.

KEENEY, Ralph L. y VON WINTERFELDT, Detlof, “Appraising the precautionary principle — a decision analysis perspective”, en *Journal of Risk Research*, Volumen 4, Routledge, Oxfordshire, 2001.

KIM, Peter S. y REICIN, Alise S., “Discontinuation of Vioxx”, en *The Lancet*, Volumen 365, Elsevier, Londres, 1 de enero de 2005.

KRUMHOLZ, Harlan, “What have we learnt from Vioxx?”, en *British Medical Journal*, Volumen 334, British Medical Association, Londres, 20 de enero de 2007.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco B.: “Los procedimientos administrativos de gestión del riesgo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, BARNÉS, Javier (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2008.

PITSCHAS, Rainer: “El Derecho Administrativo de la Información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico”, en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Javier Barnés (Ed.), Global Law Press, Sevilla, 2006.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ FONT, Mariola, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública–Marcial Pons, Madrid, 2003.

THE ASSOCIATED PRESS, “Merck announces withdrawal of Vioxx painkiller”, en *The New York Times*, Nueva York, 30 de septiembre de 2004. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2004/09/30/business/merck-announces-withdrawal-of-vioxx-painkiller.html>.

THE WHITE HOUSE, “Fact sheet: President Biden announces additional steps to address infant formula shortage”, *Briefing Room*, Washington, D.C., 12 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/12/fact-sheet-president-biden-announces-additional-steps-to-address-infant-formula-shortage/>.

VELASCO CABALLERO, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996.

OBSTRUCCIONISMO DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL CERRADO. SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO VENEZOLANO. ALGUNAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO*

Geraldine d'Empaire de Sosa**
Arnoldo José Troconis Herrera***

SUMARIO

Introducción. Algunas consideraciones sobre la selección de formas sociales en Venezuela. El impacto de la ley de las mayorías en el análisis del tema. La necesidad de protección de las minorías. Características de las sociedades de capital cerrado. Razones por las cuales estas pueden presentar una dinámica de conflictos. Derechos de los accionistas minoritarios. Algunas formas de obstruccionismo de la minoría. Consideraciones sobre el comportamiento del minoritario en situación de bloqueo de

* Nos sentimos muy honrados de poder participar en este libro homenaje a nuestro socio el Dr. Humberto Romero-Muci por quien sentimos un gran respeto y aprecio. Hemos tenido el privilegio de trabajar de cerca con Humberto y estamos orgullosos de poder contar con su apoyo profesional y su amistad.

Esperamos que este artículo sea una contribución para el ejercicio de derecho en Venezuela.

** Geraldine d'Empaire estudió Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello (1988) y una especialización en Derecho Mercantil de la misma universidad (1998). Se hizo socia en D'Empaire en 1998 y se especializa en Derecho Corporativo, Fusiones y Adquisiciones y Reestructuraciones Financieras. Tiene amplia experiencia en la evaluación de estructuras corporativas para la incorporación y establecimiento de sociedades y operaciones complejas de ventas de activos.

*** Arnoldo Troconis se graduó *cum laude* de abogado en la Universidad Católica Andrés Bello (1988), tiene un *Master of Comparative Jurisprudence* (M.C.J.) de la Universidad de Texas en Austin (1991) y es especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello (1994). En 1991 trabajó en Graves, Dougherty, Hearon & Moody y posteriormente, se hizo socio en D'Empaire (1996), especializándose desde entonces en Derecho Corporativo, Aeronáutico, Telecomunicaciones, Fusiones y Adquisiciones.

decisiones que son requeridas para la continuidad de funcionamiento de la sociedad, saneamiento y reposición de capital. Doctrinas jurídicas destinadas a contrarrestar el abuso de las minorías. Doctrina de la justificación objetiva. Doctrina de la buena fe y el deber de fidelidad en las relaciones societarias. Doctrina del motivo ilícito en el ejercicio del voto. Doctrina del exceso o desviación de poder. Doctrina del fraude a la ley. Doctrina del abuso de derecho. Algunas soluciones del derecho comparado al obstruccionismo de los minoritarios. La dificultad de corregir el problema de abuso de la minoría. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

En la actualidad la doctrina reconoce que el tratamiento del tema de la dinámica entre accionistas mayoritarios y minoritarios en las sociedades de capital no debe describir únicamente una imagen de debilidad del accionista minoritario, a los cuales se les considera sujetos débiles, “angelicales e inocentes” expuestos al abuso de las mayorías “malvadas y opresivas”.¹

Hoy en día, la doctrina analiza esta posición como una visión superada. En efecto, se ha hecho evidente que también existen casos en los que los accionistas minoritarios ejercen en forma abusiva sus derechos en la búsqueda de intereses particulares que nada tienen que ver con el objeto social que los llevó a contratar.²

Tal como lo menciona *Rubio Vicente*, “...aunque en esta materia, y desde un punto de vista abstracto, se suele partir erróneamente de un tópico maniqueísmo, bajo la injustificada y desproporcionada suposición de la bondad de la minoría y la maldad de la mayoría, lo cierto es que la realidad diaria de la vida societaria también desvela, al igual que sucede con la mayoría, eventuales maniobras de la minoría en detrimento del funcionamiento normal de la sociedad, susceptibles en último término de imponer su voluntad allí donde su participación en la adopción de acuerdos sea absolutamente necesaria o de

¹ “Limitar el problema del accionista minoritario a la concepción de un régimen para proteger a un supuesto débil jurídico contra los abusos de los administradores de la sociedad, es reducir a un exagerado simplismo una realidad mucho más compleja que Georges Ripert quiso dramatizar en su conocido libro “Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno” al afirmar que “no hay que llegar a ver con un favor enternecedor a los pequeños accionistas”, especialmente en el ámbito de las sociedades cotizadas donde los minoritarios “no son otra cosa que portadores de títulos”. Georges Ripert, Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno, citado por Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p. 1391.

² Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Grace Rutheford Parentti, “El Abuso de la Minoría en la Sociedad Anónima”, *Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo Actualidad Jurídica*, No. 38, Santiago de Chile, julio 2018, p. 88.

provocar una situación de desgobierno capaz de desembocar en la inevitable disolución de la sociedad”.³

En igual sentido, expresan los autores *Alcalde Rodríguez* y *Rutheford Parentti* lo siguiente: “...resulta evidente que la realidad diaria de la vida societaria también desvela, al igual que sucede con la mayoría, eventuales maniobras de la minoría en detrimento del funcionamiento normal de la sociedad, susceptibles en último término de imponer su voluntad allí donde su participación en la adopción de acuerdos sea absolutamente necesaria o de provocar una situación de desgobierno capaz de desembocar en la inevitable disolución de la sociedad”.⁴

En efecto, tal como lo exponremos, de la dinámica entre accionistas mayoritarios y minoritarios puede surgir un ejercicio abusivo por parte de los minoritarios de sus derechos de protección llegando inclusive a perjudicar a la sociedad, pudiendo determinar la desaparición de una sociedad perfectamente viable. Veremos que, es en el momento en el cual los accionistas minoritarios usan sus derechos de protección con finalidades egoístas distintas de la finalidad para la cual fue constituida la sociedad, en que pasan de débiles jurídicos a minoritarios “depredadores” (a los efectos de esta calificación ver trabajo de *Fuentes Naharro*⁵). En España se conocen como “junteros”, y en Alemania como *Berufsopponenten of Berukläger*, más comúnmente como “accionista depredador” o *raüberische Aktionäre*.

En este trabajo analizaremos la situación de la legislación venezolana respecto de esta problemática, incluyendo los derechos que corresponden en Venezuela a los accionistas minoritarios de la sociedad anónima de capital cerrado y como los mismos pueden ser utilizados en la persecución de intereses individuales y en perjuicio de la sociedad, sin que la ley venezolana tenga una solución adecuada para evitar el exceso en el ejercicio de tales derechos.

Nuestro análisis se concentrará en la sociedad anónima de capital cerrado, entendida esta por oposición a aquella de capital abierto, en la cual existe un mercado líquido para las acciones (ya que las mismas cotizan en forma pública) mientras las primeras carecen de dicho mercado líquido de realización.

³ Pedro J. Rubio Vicente, “Una Aproximación al Abuso de la Minoría en la Sociedad Anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 21, España, 2003, p. 82.

⁴ Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Grace Rutheford Parentti, *ob. cit.*, p. 88.

⁵ Mónica Fuentes Naharro, “El Accionista Depredador. Un acercamiento a la Figura y su Problemática a Partir de la Experiencia Comparada”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, No. 128, Madrid, octubre-diciembre, 2012, p. 10.

Consideraremos accionista minoritario al “...accionista que no pertenece al grupo que controla la sociedad con independencia de la naturaleza cuantitativa del grupo”.⁶

Haremos énfasis en una situación con un solo ente de control, es decir, una situación de control no paritario entre los accionistas.

En relación con esa dinámica entre mayoritarios y minoritarios, antes de la salida masiva de inversionistas extranjeros del país, era bastante común que empresas extranjeras que decidían entrar al mercado venezolano adquiriendo el control de una sociedad, lo hicieran conservando accionistas locales con carácter de minoritarios. Estos inversionistas extranjeros que normalmente desconocían las circunstancias particulares del mercado local, mantenían accionistas minoritarios para que le sirvieran de apoyo en adquirir dichos conocimientos, permitiéndoles orientar sus decisiones de mercadeo, interacción con instituciones del Estado, u otras, a través de un accionista local de la manera más eficiente posible, en la confianza de contar con un apoyo derivado de la experiencia del accionista local en el manejo de sus propios negocios.

Desde un punto de vista de negocios, en estos casos también se producía una consideración fundamental para el inversionista mayoritario que pretendía utilizar dicha forma de entrada en las sociedades locales, consistente en el uso del capital de los terceros minoritarios sin tener que incurrir en la obtención sustancial de deuda. De esta forma, la “mayoría está por lo tanto en capacidad de utilizar el capital de la minoría para apalancar su propia inversión sin incurrir en los riesgos asociados con la solicitud de préstamos”.⁷

Sin embargo, lo que en un principio se podía ver como una decisión correcta desde el punto de vista de negocios, se podía convertir en un proceso de extorsión destinado a la liquidación de las acciones de los accionistas minoritarios por una cantidad que podía no revelar el verdadero valor de la sociedad en el mercado, debido, entre otros factores, a las características de la forma en que quedaba distribuida la propiedad y el control de la sociedad escogida como vehículo de inversión (sociedad anónima de capital cerrado).⁸

En definitiva, en muchos casos, esta decisión del accionista de control podía resultar en una bomba de tiempo incorporada en la sociedad, ya que una vez que los intereses encontrados de unos y otros se enfrentan, en algunos casos para preservar el valor y supervivencia de la compañía, contra la necesidad de realizar con el mejor valor posible la inversión de los minoritarios (atrapados dentro de la

⁶ Alfredo Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 1404.

⁷ J.A.C. Hetherington y Michael P. Dooley, “Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem”, *Virginia Law Review*, Vol. 63, No. 1, Charlottesville, Virginia, febrero 1977, p. 6.

⁸ Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Grace Rutheford Parentti, *ob. cit.*, p. 89.

sociedad y carentes de un mercado líquido para sus acciones distinto del de los mismos accionistas de la sociedad) estaban dadas las condiciones para un enfrentamiento contencioso.

Veremos como este proceso generalmente se puede manifestar mediante el ejercicio abusivo de los derechos de protección, incluyendo el ejercicio de una serie de acciones legales que podían estar destinadas a la paralización de la sociedad con la intención de obtener la salida de la misma. En estos casos, el accionista minoritario se comporta demostrando la carencia de un real interés social en el mantenimiento o supervivencia de una sociedad totalmente viable, únicamente inspirado por la posibilidad de obtener un beneficio exagerado a ser extraído de los accionistas mayoritarios con activos suficientes para pagar los valores así requeridos para la salida de la sociedad.

Durante dicho proceso el minoritario logra producir paulatinamente la destrucción de valor de la sociedad, sin tomar en cuenta el interés social o su viabilidad (con el consecuente perjuicio para trabajadores, empleados o inclusive personas receptoras de importantes bienes o servicios).

En definitiva, esta problemática puede no solo resultar de la misma selección de la persona jurídica escogida para realizar la actividad económica, sino, como veremos, sobre todo de la problemática entre propiedad y control que las sociedades de capital cerrado presentan.⁹

Algunas consideraciones sobre la selección de formas sociales en Venezuela

El primer elemento que se debe tomar en cuenta en el surgimiento de esta problemática entre accionistas mayoritarios y minoritarios deriva de la forma societaria escogida para realizar una determinada actividad económica. Nos encontramos que, en Venezuela, es común utilizar una sociedad anónima de capital cerrado para realizar actividades económicas bien sea de pequeño alcance o de gran importancia.

En nuestro país, si bien existe una sociedad de capital cerrado por excelencia (como es la sociedad de responsabilidad limitada o S.R.L.), las dificultades en su utilización han llevado a emplear la sociedad anónima de capital cerrado para actividades con múltiples accionistas y sin relación de confianza (para lo cual, en principio, debería utilizarse una SRL).

⁹ Como indica Morles "...Ya el hecho mismo de la existencia de grupos sin control y con control puede generar situaciones de conflicto". "...La pertenencia al grupo de control o a los grupos opuestos engendra una psicología de la contraposición, de reserva o de rechazo proclive a la generación de conflictos" Alfredo Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 1404.

En Venezuela, al igual que en España, por ejemplo, las ventajas de la sociedad anónima han determinado su uso con características de sociedad de capital cerrado.¹⁰ En efecto, la sociedad anónima es la sociedad más comúnmente utilizada, aunque en ciertas instancias sea posible que se haya debido utilizar una forma organizativa distinta.

Esto lo confirma *Hung Vaillant*¹¹ quien expresa que hasta principios del siglo pasado las sociedades más utilizadas en Venezuela fueron las sociedades colectivas, a pesar de la existencia de las sociedades por acciones y por lo tanto la posibilidad de utilizar las mismas.

Sin embargo, "...posteriormente, en parte para facilitar el ingreso de terceros al estrecho círculo social, en parte por evitar los graves riesgos que sobre el patrimonio de los asociados comportan las formas de las sociedades personales, se va haciendo cada vez más popular la forma de sociedad por acciones para el

¹⁰ "La forma legal de sociedad cerrada de estructura corporativa es la sociedad limitada. Su regulación legal (LSRL) constituye así el "contrato modelo" que da el legislador para las sociedades en las que las partes prevén una gran estabilidad en las personas de los socios. Debe recordarse, no obstante, que la flexibilidad de la regulación legal de la sociedad anónima en nuestro país ha provocado que se utilice esta forma social muy a menudo para organizar sociedades cerradas". Jesús Alfaro Águila-Real, "Los Problemas Contractuales en las Sociedades Cerradas", *Revista para el Análisis del Derecho*, No. 308, Barcelona, octubre de 2005, p. 6.

¹¹ "Parece no aventurado afirmar que la mayor parte de las sociedades dedicadas a la explotación del comercio que se constituyeron en Venezuela a finales del siglo pasado y hasta las primeras décadas del presente, adoptaron generalmente la forma de sociedades colectivas... Cuando se adoptan las formas societarias lo normal en la época es que se acuda a la forma de sociedad colectiva no obstante existir la forma anónima desde el Código de Comercio de 1862... En realidad, son pocas las sociedades anónimas constituidas en Venezuela abiertas al público en el sentido de que las acciones que integran el capital social pertenezca a un gran número de accionistas... Desde otro aspecto debe destacarse que en lo relativo a responsabilidad de los socios por obligaciones contraídas por la sociedad existe una perfecta similitud entre sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. La sociedad de responsabilidad limitada o sociedad por cuotas fue incorporada a nuestro ordenamiento positivo con la reforma de 1955 del Código de Comercio... y la justificación de su adopción por el sistema venezolano fue permitir el uso de una forma societaria sin responsabilidad de los socios por las deudas sociales, diferente de la sociedad anónima; tipo para el cual se esperaba que quedara reservada la Compañía con un gran número de asociados. En otras palabras, se esperaba que las pequeñas y medianas empresas adoptaran la nueva fórmula en lugar de acudir a la sociedad anónima; sin embargo, esto no ha ocurrido en Venezuela, ya que durante los años posteriores a la reforma de 1955, los interesados han preferido utilizar la sociedad anónima, dejando de lado la forma de sociedad de responsabilidad limitada...". Francisco Hung Vaillant, *Sociedades*, Quinta edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1999, p. 81.

desarrollo colectivo de la actividad comercial e industrial” por lo que “...aún en nuestros días, la sociedad anónima venezolana, en general, continúa estando caracterizada por pertenecer sus acciones a reducidos grupos de personas e incluso, continuar siendo “sociedades familiares”.¹²

Esta última descripción corresponde a la situación actual en la selección de sociedades para realizar actividades económicas en Venezuela, a pesar de que en el país fue introducida en 1955 la S.R.L. justo para evitar este uso de la sociedad anónima de capital cerrado. Sin embargo, la forma como se implementó no fue exitosa.¹³ En consecuencia, en Venezuela debido (entra otras razones) a las limitaciones de capital de la S.R.L. se ha venido utilizando la sociedad anónima para organizar sociedades cerradas en la ejecución de importantes actividades económicas.

Es por ello que cabe preguntarse ¿cómo es el tratamiento de los derechos de los accionistas minoritarios cuando una sociedad anónima presenta las características de una sociedad cerrada con multiplicidad de socios sin relación de confianza alguna, (algunos de los cuales pretenden ser accionistas inversionistas) y que está organizada para realizar actividades que sean intensivas en el uso de capitales, con un alcance de la actividad económica importante? ¿Qué pasaría con las decisiones de la sociedad tomadas por las mayorías que pretendan afectar los derechos de los accionistas minoritarios? Si bien es cierto, que en muchos casos acuerdos parasociales (acuerdos de accionistas u otros) pueden tratar de regular estas situaciones, analizaremos la situación con inexistencia de tales regulaciones privadas.

¹² *Ibíd.*, p. 82.

¹³ “En nuestra opinión, la poca acogida de la nueva forma introducida en 1955 puede fundamentarse en las siguientes razones: a) La Ley exige un capital mínimo de veinte mil bolívares para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 315 CCo.) y no establece capital mínimo para las anónimas. De ello resulta que, contrariamente a lo deseado, pueden constituirse sociedades anónimas con menos capital que las sociedades de responsabilidad limitada; b) En las anónimas se exige pagar, para el momento de la constitución, por lo menos el veinte por ciento del capital social (art. 294 CCo.), mientras que en la sociedad de responsabilidad limitada se exige la integración del cincuenta por ciento cuando los aportes son en dinero y el ciento por ciento cuando son en especie; estableciéndose además, la responsabilidad de los socios por la veracidad del valor atribuido a los aportes en especie (art. 313 CCo.) lo cual no ocurre en la sociedad anónima; y c) La fórmula de la cesión de la participación social de los socios es la más sencilla en caso de la anónima que en la sociedad de responsabilidad limitada...”. *Ibíd.*, p. 83.

El impacto de la ley de las mayorías en el análisis del tema. La necesidad de protección de las minorías

Ahora bien, ¿de dónde proviene la focalización en la protección de los accionistas minoritarios y el poco tratamiento de los posibles abusos de los derechos de los accionistas minoritarios que les otorga la ley?

Según *Morles*, en el siglo XIX “se ensayó con la sociedad anónima la democracia accionaria” en base a una analogía entre la estructura del Estado y el funcionamiento de la sociedad anónima.” En este sentido, la asamblea de accionistas pasa a ser manejada en base a la ley de las mayorías,¹⁴ es decir, las decisiones de la mayoría pasan a ser vinculantes para la minoría. Expresa *Morles*: “una vez que se abandona el principio de la unanimidad, al quedar superada la construcción de la sociedad como contrato bilateral (desde 1867), el problema se traslada a la determinación de los problemas de la asamblea, a la cual se considera soberana y omnipotente”.¹⁵

Sin embargo, esta forma de manejo en base a las mayorías lleva prontamente al establecimiento de abusos por parte de la mayoría en perjuicio de las minorías sin que existieran fórmulas de protección adecuadas para estos últimos, creándose lo que *Morles* denomina como una estructura autoritaria y de prácticas viciosas: “no se reparten dividendos, se intensifican las reservas ocultas mediante infravaloración del activo y sobrevaloración de los pasivos, se reduce la información, se evita el debate sobre las políticas futuras...”.¹⁶

Se produce entonces, como consecuencia lógica de esta situación abusiva de los mayoritarios, la creación de derechos de protección para los accionistas minoritarios.¹⁷

¹⁴ “...de un modo gradual, el régimen aristocrático es sustituido por el democrático: la asamblea de accionistas se erige en órgano “soberano”, acudiendo al concepto político de soberanía como como potestad suprema que se ejerce por los accionistas reunidos en asamblea, a imagen y enseñanza de una democracia parlamentaria. El modelo de sociedad de los códigos del siglo XIX consagra un sistema de división de poderes, con un ejecutivo revocable (los administradores) cuyo poder emana del órgano soberano (la asamblea).” Alfredo Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 1396.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 1419.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 1394.

¹⁷ Expresa Javier Megías López que “el grupo de socios que alcance determinada mayoría de la propiedad del capital se encuentra en condiciones de ejercer un control sobre los designios de la empresa social. El siguiente paso de la norma societaria es proteger a los socios que no forman parte de ese grupo de control, principalmente frente a eventuales ejercicios de poder arbitrario por la mayoría en perjuicio de los demás socios, atribuyéndoles multitud de derechos para arbitrar esa tutela. Pero sucede que, como ha evidenciado la realidad más allá de la fría norma, también el

Nuestro Código de Comercio (o “Cco.”) refleja precisamente las normas correspondientes a dicho periodo de evolución legislativa descrito anteriormente, donde la asamblea es soberana y los derechos de los minoritarios se establecen para lograr dicha protección.¹⁸ Recordemos que la parte de sociedades de nuestro Código de Comercio corresponde al contenido del tratamiento de las sociedades en el Código de Comercio italiano de 1882.¹⁹

En nuestro derecho, “... la protección de la minoría se plantea como un problema de legalidad de los acuerdos de la asamblea. En efecto, el artículo 163 declara que las decisiones adoptadas por la asamblea general dentro de los límites del acto constitutivo, del estatuto o de la ley, son obligatorias para todos los socios (es el artículo 289 de nuestro Código de Comercio). Por lo tanto, dice *Duque*, si la asamblea ha respetado las prescripciones que regulan su actividad, el acuerdo de la mayoría no puede ser anulado alegando un daño para el interés social”.²⁰

La oposición del accionista minoritario solo puede ocurrir en el supuesto de decisiones manifiestamente contrarias al documento constitutivo, al estatuto o a la ley (encabezamiento del artículo 290 del Código de Comercio venezolano).

En relación con esta oposición, Garrigues sostenía que el socio estaba subordinado a la voluntad mayoritaria, pero no incondicionalmente, por lo cual sostenía que si aun respetando las reglas exteriores, la mayoría usaba ilícitamente

minoritario ejerce su posición jurídica de forma arbitraria, generando perjuicios a la sociedad en ocasiones de extraordinaria gravedad. En el equilibrio está el reto de la regulación y su intérprete, pues la pretensión es proveer un orden que garantice el provecho razonable de todos los socios con el alcance que sugiere su inversión.”. Javier Megías López, “Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense del Real Centro Universitario Escorial María Cristina*, Tomo XLVIII, Madrid, 2014, p. 16.

¹⁸ “El derecho de sociedades venezolano vigente se nos presenta totalmente alejado de los derechos de sociedades contemporáneos. Apegado como está, a las características básicas del derecho de sociedades mercantiles de las edades media y moderna, recibidas a través de la influencia de los códigos de comercio decimonónicos, ignora totalmente la importantísima evolución que ha habido en la materia en casi todos los demás países del globo. Y es que el Código de Comercio venezolano -con la sola excepción de la materia relativa a las sociedades de responsabilidad limitada- sigue preservando la letra y el espíritu de una legislación mercantil ya superada ampliamente desde hace más de medio siglo.” T.M. Adrián Hernández, “La Recepción del Derecho Societario Europeo en el Código de Comercio de 1904 y su Perpetuación Hasta la Actualidad”, *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004, p. 525.

¹⁹ Alfredo Morles Hernández, *ob. cit.*, pp. 1406-1407.

²⁰ *Ídem*.

su poder, el accionista podía pedir la nulidad invocando exigencias de justicia por encima de las normas legales y estatutarias (*Duque*).²¹

En definitiva, la mayoría de control toma una decisión y el minoritario podría sólo impugnarla por manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley. Nada se dice en la normativa sobre la posibilidad de obstruccionismo voluntario por parte de accionistas minoritarios de una sociedad anónima y su posible tratamiento. En efecto, se concentran únicamente en la protección del minoritario.

Características de las sociedades de capital cerrado. Razones por las cuales estas pueden presentar una dinámica de conflictos

En el derecho venezolano, una sociedad de capital cerrado tradicional como sería la sociedad de responsabilidad limitada tendría como características principales: (i) un número de socios pequeño; (ii) la falta de separación entre propiedad y control; e inclusive, (iii) podría decirse que normalmente deberían tener una actividad económica de carácter modesto.

Sin embargo, tal como lo vimos anteriormente, en Venezuela la sociedad anónima de capital cerrado es la más utilizada para realizar actividades económicas incluyendo las de gran alcance. Podríamos tener entonces una situación en la cual una sociedad anónima de capital cerrado sea controlada por quien aportó la mayor cantidad de capital, no habiendo separación entre propiedad y control y una relación extraña entre los accionistas, realizando una actividad económica importante.²² El dueño la controlará y el minoritario estará sujeto a la aplicación de la ley de la mayoría en la toma de decisiones. Este es uno de los problemas fundamentales que lleva a los enfrentamientos entre accionistas mayoritarios con monopolio de control y los minoritarios. Digamos que, el problema principal determinante en el enfrentamiento entre accionistas mayoritarios y minoritarios deriva, no solo del tipo de sociedad utilizada, sino de la estructura interna de la propiedad y el control.

²¹ *Ibíd.*, pp. 1408-1409.

²² En los Estados Unidos la mayoría de los autores dividen a los *corporations* en dos categorías o tipos ideales las *closely held corporations* (sociedades cerradas) y los *public corporations* (sociedades de capital abierto). Esta dicotomía se refleja en leyes de varios estados. Muchas veces se refieren a la *corporation* cerrada como un *partnership* incorporado, lo que implica que el *partnership* pudo haber sido una forma más adecuada en el momento de su creación. Las *closely held corporations* o *incorporated partnerships* tienen precisamente las características descritas anteriormente y las personas que son dueñas del mayor número de acciones tendrán los puestos de administración y por lo tanto el control. William A. Klein, John C. Coffee y Frank Partnoy, *Business Organization and Finance, Legal and Economic Principles*, sexta edición, The Foundation Press, Inc., Nueva York, 1996, p. 105.

Es decir, en el momento en que unos tienen control y otros no, comienzan a diferir los intereses. Como dice *Megías López* el perfil del socio no es único. “La posibilidad de que existan intereses diversos de las distintas clases de socios en atención a su participación en el capital social se entiende como un problema inherente a la propia organización interna de las sociedades...”²³.

“En virtud de tales conflictos terminan produciéndose enfrentamientos profundos en los que los socios adoptan posturas difícilmente compatibles con la causa que los llevó a contratar y con el propio fin de la empresa social...”²⁴.

Una vez que surgen diferencias de intereses irreconciliables entre mayoritarios y minoritarios, nos encontramos que uno de los elementos que lleva a los minoritarios a obstruir puede ser, en muchos casos, la falta de liquidez en la realización de sus acciones.

En efecto, el accionista minoritario de una sociedad anónima de capital cerrado no tiene un mercado líquido para sus acciones y se encuentra en dificultades si pretende realizar su inversión (ya que probablemente no será fácil la entrada de accionistas distintos de aquellos que contrataron originalmente).

Hay que especificar como lo expresa *Megías* que: “No existe tal mercado porque bajo la configuración original o subsiguiente de la sociedad, los socios deciden restringir la entrada de nuevos socios, con lo que la transmisión de la participación social queda fuertemente condicionada; pero, además, y muy significativamente, porque la inversión en la empresa social tampoco suele resultar atractiva para capital “desconocido”, para personas que no pertenecen al núcleo de confianza que la promovió. Se genera así un mercado únicamente entre los propios socios, quienes además son los que mejor pueden otorgar un valor a las cuotas de participación en la sociedad”.²⁵

Lo expresa también de manera clara *Alfaro Águila-Real*: “En resumen la sociedad cerrada se enfrenta a un problema de monopolio bilateral. Las escasas posibilidades jurídicas de deshacer el vínculo societario a disposición del socio minoritario y la inexistencia de un mercado de participaciones sociales impiden a los socios poder deshacerse de su participación fácilmente (son ilíquidas y no existe un sistema barato –como la cotización bursátil– para determinar su valor)”.²⁶

Básicamente, nos encontramos entonces que el mercado para dichas acciones es limitado, ya que son los propios socios los que pueden adquirir estas acciones. Entonces, ¿qué puede hacer un accionista minoritario cuando no tiene un mecanismo que permita la salida inmediata y la valoración de su participación? ¿No es esta una invitación al obstruccionismo?

²³ Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 23.

²⁴ Jesús Alfaro Águila-Real, *ob. cit.*, p. 23.

²⁵ Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 18.

²⁶ Jesús Alfaro Águila-Real, *ob. cit.*, pp. 9 y 10.

Aunque más adelante nos referiremos a las posibles soluciones al obstruccionismo de los minoritarios, es necesario adelantar que, a los fines de poder solucionar este problema es fundamental que exista una solución para la salida del minoritario de la sociedad, tal como le expresa *Alfaro Águila-Real*, “se comprende, pues, que una solución legislativa eficaz de los problemas típicos de las sociedades cerradas deba incluir el reconocimiento al socio minoritario la posibilidad de salir de la sociedad recuperando su inversión en el caso de que las relaciones con el socio mayoritario hayan devenido insoportables (derecho de separación) o, alternativamente, la posibilidad de forzar la disolución de la sociedad (disolución por justos motivos)”.²⁷

Sin embargo, en muchos casos es posible que accionistas mayoritarios y minoritarios no logren “encontrarse” para lograr un acuerdo. El minoritario quisiera poder vender, pero el precio no le parece justo y ejerce conductas abusivas para lograr un mejor precio o, por otro lado, el mayoritario no tiene interés en vender ya que no tiene interés en endeudarse (por ejemplo) para completar la compra.

Lo expresa muy bien *Megías*: “Es decir, en muchos supuestos, probablemente si el socio minoritario que ejerce con abuso sus derechos pudiera vender su participación a un precio razonable, lo haría pero en caso de que sí fuera capaz de transmitir a buen precio, simplemente ejerce el abuso con el objeto de conseguir más rentabilidad a su participación a través de puro chantaje”.²⁸

Para el caso de los mayoritarios *Hetherington*, expresa que, “debido al apalancamiento que puede haber utilizado el accionista mayoritario al realizar la inversión en la sociedad, puesto de frente a la necesidad de comprar a los minoritarios, el accionista mayoritario “... estará dispuesto a comprar sólo a un precio que sea menos que el costo de obtener capital en otra parte”.²⁹

En definitiva, una situación como esta derivará en un choque con graves conflictos societarios, derivado de (i) la selección del tipo de sociedad para realizar la actividad económica; (ii) la estructura de la propiedad y el control y (iii) la dificultad en la realización de la inversión de minoritario.

Derechos de los accionistas minoritarios

¿Cuáles son estos derechos que nuestro Código de Comercio otorga para protección del accionista minoritario? Tomando en consideración las normas del Código de Comercio y la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20 de julio de 2006 (caso Milagros Coromoto de Armas Silva de Fantes) que interpretó el contenido de los artículos 261, 284, 287,

²⁷ *Ibíd.*, p. 18.

²⁸ Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 47.

²⁹ J.A.C. Hetherington y Michael P. Dooley, *ob. cit.*, pp. 1-76.

290, 291, 305, 306, 310 y 311 del Código de Comercio podríamos concluir que son los siguientes: (i) inspeccionar los libros de accionistas y de actas de asambleas (artículos 260 y 261 del Código de Comercio); (ii) examinar en el establecimiento social el inventario y la lista de accionistas y hacerse dar copia del balance general y del informe de los comisarios, antes de la reunión de la asamblea (artículo 284 del Código de Comercio). La sentencia establece que los socios (independientemente del número de acciones) dentro de los quince días antes de la celebración de la asamblea para la aprobación o improbación de los estados financieros pueden examinar los libros, soportes y antecedentes del balance en unión de expertos contables. Es decir, este derecho no se limita al examen o análisis de los documentos que acompañen los comisarios al balance, sino a la propia contabilidad; (iii) la tercera parte de los que concurran a la asamblea o un número que represente la mitad del capital representado en la asamblea pueden solicitar diferir la asamblea ordinaria o extraordinaria (artículo 288 del Código de Comercio), cuando no se crean suficientemente informados; (iv) oponerse a las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la ley con el objeto de que se suspenda la ejecución de lo resuelto en la asamblea, hasta que una nueva asamblea decida el punto (artículo 290 del Código de Comercio) para lo cual se tienen quince días continuos contados a partir de la fecha en que se dé la decisión; (v) acción de nulidad contra las decisiones de la asamblea³⁰, para lo cual se tiene un año a partir de la fecha de publicación del acto inscrito;³¹ (vi) denunciar ante el juez de comercio, irregularidades de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios (artículo 291 del Código de Comercio),³² en virtud de lo cual el tribunal podrá, luego de oídos los administradores y comisarios, designar comisarios *ad-hoc* para que inspeccionen los libros, identifique las operaciones realizadas por la sociedad. El tribunal podrá declarar terminado el procedimiento si no resulta ningún indicio de verdad de las denuncias. En caso contrario, convocará inmediatamente una asamblea.

³⁰ En principio se trataría de vicios de nulidad tales como, “cuando la decisión infrinja normas de orden público, cuando atente contra las buenas costumbres y en general, cuando la decisión hubiere sido adoptada sin cumplir con los requisitos esenciales para su validez; caso entre los cuales pueden ser citados: 1. La omisión de la convocatoria o la convocatoria publicada con vicios, en publicación inadecuada, o sin observar las formalidades que al efecto exige la ley, el documento constitutivo o los estatutos sociales; 2. La ausencia de quórum o la ausencia de las mayorías necesarias para deliberar o para decidir, conforme a lo que al efecto prevean en el caso concreto el documento constitutivo, los estatutos o la ley y 3. La decisión que disponga de derechos particulares de los socios o de derechos de terceros, es decir, decisiones de la asamblea sobre materia que no son de su competencia.” Francisco Hung Vaillant, *ob. cit.*, p. 200.

³¹ Artículo 55 de la Ley de Registro Público y del Notariado.

³² La sentencia considera que este derecho a denunciar lo puede ejercer cualquier accionista así no represente la quinta parte del capital social exigido por el artículo 291 del Código de Comercio.

Es importante destacar que la acción de rendición de cuentas y la acción de responsabilidad civil contractual contra los administradores está reservada únicamente a la asamblea de accionistas, la cual se ejerce a través de los comisarios o de las personas que la asamblea designe (artículo 310 del Código de Comercio).

Sin embargo, la doctrina³³ considera que los accionistas individualmente considerados tienen derecho a ejercer una acción de responsabilidad civil extracontractual contra los administradores cuando se les produce un daño directo a ellos (por ejemplo, que los administradores decidan que un determinado accionista no tiene derecho a las utilidades o realicen actos para impedir dolosamente que no reciba las utilidades que le corresponden).

No puede ser un daño directo contra la sociedad e indirecto contra el accionista, en cuyo caso la acción corresponderá a la asamblea. Adicionalmente, el artículo 310 del Código de Comercio establece la posibilidad de que todo accionista denuncie irregularidades de los administradores ante los comisarios. La sentencia establece que los comisarios deben investigar y responder al accionista denunciante independientemente del porcentaje accionario que tenga, y si consideran fundada y urgente la denuncia deben convocar una asamblea; (vii) los accionistas que representen un quinto del capital social pueden pedir a los administradores que se convoque una asamblea extraordinaria dentro del término de un mes (artículo 278 del Código de Comercio).

Algunas formas de obstruccionismo de la minoría

Ahora bien, ¿en qué puede consistir el obstruccionismo de la minoría? Básicamente la definición de conducta obstruccionista de un accionista minoritario la describe *Javier Megías López*³⁴ como aquella que: "... en el ejercicio de los derechos que les concede la ley y amparados por esa legitimación, entorpecen gravemente la marcha de la actividad social de forma injustificada, sin que su comportamiento pueda encontrar sustento en la finalidad pretendida por la norma".

Rubio Vicente divide las categorías de abusos de los minoritarios en abusos positivos o iniciativas calificadas abusivas y abusos negativos o votos abusivos (fundamentalmente abuso del derecho de voto).³⁵

"El primero se trata de la utilización de algunos de los derechos de protección anteriormente descritos en forma reiterada sin reunir porcentajes necesarios en

³³ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Venezolana, S.R.L., Caracas, 1979, p. 318.

³⁴ Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 33.

³⁵ Pedro J. Rubio Vicente, *ob. cit.*, p. 85.

una actuación sistemática y desproporcionada para acosar y hostigar la gestión de los administradores u obstruir la marcha de la sociedad generando gastos, molestias y pérdidas de tiempo”.³⁶

En el contexto venezolano esto consistiría en solicitar información de manera constante a la gerencia sin ninguna necesidad o estando suficientemente informado el accionista minoritario. Es decir, basados en los derechos de protección otorgados por la ley y desdibujando su verdadera finalidad, los minoritarios en muchos casos solicitan información más allá de la verdaderamente necesaria con la finalidad de retrasar las decisiones en las asambleas de la sociedad.³⁷

Esto coloca adicionalmente a la administración en la disyuntiva de tener que proporcionarla o no. Tal como lo menciona *Megías López*, puede sentar las bases de futuras impugnaciones de las decisiones sociales. Es precisamente la litigiosidad extrema, con o sin razón otra de las formas de sabotaje de las decisiones de la asamblea “muchas veces con la única finalidad de obtener una ventaja económica a cambio del desistimiento”.³⁸

Ubica *Rubio Vicente* aquí también los derechos a medio camino “entre los individuales y los cualificados”, como sucede con el derecho a la información ... o reconocidos en los estatutos a la minoría, y susceptibles también de provocar el gobierno de la sociedad con inversión del principio mayoritario.”

Según *Rubio Vicente* “por su parte, los abusos negativos o votos abusivos, mucho más frecuentes en la práctica, ... están integrados sobre todo por conductas de bloqueo u oposición sistemática e injustificada a la adopción de decisiones fundamentales para la supervivencia o perspectivas económicas de la sociedad.” Ahora bien, en una situación no paritaria o donde no se requiere el voto de los minoritarios, esto se convierte en la impugnación de dichas decisiones por considerarse ilegales.

El constante acoso a la sociedad mediante el ejercicio inapropiado y excesivo de los derechos de los minoritarios o impugnaciones constantes de las decisiones asamblearias buscando perturbar a la sociedad y la administración en la consecución de los objetivos sociales puede llegar a paralizar la sociedad impidiendo la ejecución de su objeto social, llevando a una posible situación de liquidación.

³⁶ *Ibíd.*, p. 86.

³⁷ “La solicitud impertinente de información puede entorpecer el desarrollo de una asamblea”. El ejercicio de impugnación de acuerdos a sabiendas de su improcedencia, como un ejercicio arbitrario y sin motivos de sus derechos de protección con finalidades egoístas, inclusive tratar de obtener de la sociedad una ventaja económica.” Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría”. Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 33.

³⁸ *Ídem.*

En efecto, una vez que se produce la paralización de la sociedad podrían utilizar los accionistas minoritarios el argumento de la necesidad de liquidación por imposibilidad de cumplir el objeto social.

Impugnaciones infundadas, atacando la gestión social y evitando la ejecución de acuerdos perjudicando a la sociedad u otras que tienen fundamento jurídico pero utilizadas “como mecanismo de presión frente a la sociedad para comerciar con la amenaza de su ejercicio o desistimiento; conducta esta última que, aunque puede revestir diversas modalidades, se advierte en el pago de un precio desproporcionado por las acciones del socio o en la obtención de cualquier otro tipo de ventajas -únicamente explicables desde esta perspectiva- sin tener que perder su condición de accionista (nombramiento como consejero, celebración de contratos con la sociedad, etc.), y que puede llegar a afectar negativamente, según sus distintas dimensiones al patrimonio y viabilidad económica de la sociedad.”³⁹

“Ejemplos de este tipo de comportamientos “antifuncionales” los hallamos en los antes referidos constantes e injustificados requerimientos de información a la administración de la sociedad y que en sí mismos configuran una situación evidente de hostigamiento; las tentativas por “comerciar” el voto mediante la extorsión o amenaza de oponerse siempre a las decisiones de quienes ejercen influencia decisiva en la sociedad; la negativa infundada para aprobar acuerdos que son objetivamente convenientes para el interés social y que no causan perjuicio al minoritario; etcétera”.⁴⁰

Algunos autores llegan a describir la actuación de la minoría como patológica, “...piénsese en todas aquellas actitudes de permanente obstrucción hacia la administración social que van horadando la consecución del objeto social o que simplemente tienden a tornar insostenible, la convivencia de modo que las acciones del minoritario le sean adquiridas por la mayoría a un precio superior al que corresponde según mercado”.⁴¹

En esta u otras situaciones análogas, puede apreciarse un ejercicio abusivo del poder político, que no responde a la satisfacción del interés amparado por la norma en que se fundamenta tal derecho, revelándose, en consecuencia, como un medio jurídicamente no idóneo para obtener el resultado perseguido.⁴²

En definitiva, algunos autores expresan que los “...accionistas, al no poder especular con el valor de sus acciones, especulan, en cambio, con el valor de sus derechos. Esta tipología de conflictos se revela como especialmente grave en aquellos casos en que el comportamiento oportunista de los minoritarios conduce

³⁹ Pedro J. Rubio Vicente, *ob. cit.*, p. 88.

⁴⁰ Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Grace Rutheford Parenti, *ob. cit.*, p. 89.

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Ibíd.*, p. 99.

a la “judicialización” de los conflictos comerciales, determinando que los jueces se vean forzados a intervenir en la marcha y funcionamiento de la sociedad y colocándolos, de este modo, en una situación para la que en verdad no están preparados y que, como lo demuestra la experiencia, resulta francamente perjudicial para la vida de los negocios”.⁴³

Al final se judicializa el conflicto en lo que podrían constituir abusos procesales con: (i) procesos innecesarios e inútiles; (ii) procesos groseramente infundados; (iii) procesos desviados, persiguiendo un fin distinto de aquel para el cual se inició la acción; (iv) procesos excesivos y agregaría desproporcionados (se elige la vía más dañina o costosa, incluso la penal para lograr el objetivo de venta de sus acciones, por ejemplo).⁴⁴

Ahora bien, uno de los elementos que debe orientar el comportamiento del socio minoritario para que no se considere que la conducta es abusiva sería el cumplimiento del deber de fidelidad que se deben los socios entre sí. La aplicación del principio que los contratos deben cumplirse de buena fe y que el límite en el ejercicio de tales derechos sea el respeto por el interés social.⁴⁵

Es decir, en la ejecución de su conducta también el minoritario debería respetar el interés social, por lo que no debería perseguir un interés personal en perjuicio de los intereses de la mayoría o de la sociedad. A los fines de constatar si la conducta del accionista minoritario no es abusiva, habría que verificar si el ejercicio del derecho político del titular es acorde con el interés legal protegido. Consideramos que no sería lícito al minoritario ejercer el derecho de voto de manera obstruccionista u opuesta a la mayoría con el solo objeto de que sus acciones sean adquiridas por el grupo mayoritario a precios superiores al de mercado.

En efecto, “la consecución del interés social no impide sin embargo la persecución simultánea de un interés personal. Lo que sucede es que la satisfacción de este interés personal sólo puede llevarse a cabo a través del interés social o interés común a la prosperidad de la sociedad, nunca en su contra o al margen de él. Por eso, cuando a la vista de ambos intereses aquél resulta manifiestamente incompatible con este último, una sabia ponderación del conflicto de intereses demanda la subordinación al interés social”.⁴⁶

⁴³ *Ibid.*, p. 90.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁴⁵ Paolo Montalenti, “Tutela delle minoranze, interesse sociale e sistemi di controllo”, *Rivista di Diritto Societario*, Giappichelli. Disponible en: <https://www.rivistadiritto societario.com/tutela-minoranze-interesse-sociale-e-sistemi-di-controllo>, consultado en fecha 3 de agosto de 2022.

⁴⁶ Pedro J. Rubio Vicente, *ob. cit.*, p. 94.

En definitiva, *Rubio Vicente* expresa: “Efectuada esta precisión, cuando hablamos por tanto de la satisfacción de los intereses personales, aludimos con ello al supuesto extremo de incompatibilidad. Con esta expresión se apunta normalmente a la obtención de una ventaja o beneficio o a la intención de obtenerla por la minoría en detrimento de la sociedad o de la mayoría, a semejanza de lo que sucede en el abuso de la mayoría.”⁴⁷

Consideraciones sobre el comportamiento del minoritario en situación de bloqueo de decisiones que son requeridas para la continuidad de funcionamiento de la sociedad, saneamiento y reposición de capital

¿Qué pasa cuando en base a la ley de las mayorías deben tomarse decisiones que pueden modificar estructuralmente la sociedad? ¿O algunas otras decisiones necesarias para el saneamiento o para el funcionamiento adecuado de la sociedad, o para su supervivencia, como puede ser un aumento de capital (de cuya falta de implementación podía derivar la disolución de la sociedad por haberse perdido su capital o la necesidad de una reestructuración)?⁴⁸

Es esta una de las situaciones donde los accionistas minoritarios podrían causar el mayor daño, ya que su negativa a facilitar la decisión puede llevar a la extinción de la sociedad. En efecto, la imposibilidad eventual de no poder remover una causal de disolución podría llevar a la paralización de los órganos sociales.⁴⁹

Es en estos casos en que la posibilidad de ejercicio abusivo de sus derechos se presenta más fácilmente para los accionistas minoritarios. En efecto, en el ejercicio de sus derechos como tales, pueden pretender colocar a la sociedad en una situación de parálisis que pondría a riesgo su propia existencia, con las consecuencias que de allí derivarían con la finalidad de obtener, por ejemplo “su salida” en los términos económicos más satisfactorios, pero sin tomar en cuenta el deber de fidelidad y la protección del interés social que debe existir por parte de los accionistas hacia la sociedad.

En específico, ¿qué sucedería de acuerdo con el Código de Comercio venezolano si el accionista minoritario no conviene en el reintegro del capital, pero decide no separarse de la sociedad? Por ejemplo, creando una situación donde consideren fraudulentamente que el reintegro no es necesario con la

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ Normalmente, estas son decisiones que corresponden a modificaciones estructurales de los estatutos en algunos casos obligatorias bajo la legislación, como la necesidad de reponer el capital perdido de la sociedad.

⁴⁹ “De modo que la alternativa a dicho acuerdo pasa por la disolución de la sociedad, ya sea por no poder remover una causa de disolución a su través, ya por concurrir la causa de disolución de paralización de los órganos sociales; e incluso si la mayoría por sí es capaz de adoptar la decisión de disolución en ausencia de causa legal o estatutaria” Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 42.

finalidad de forzar una salida de la sociedad obligando a la compra de su participación al mayoritario. ¿Debería considerarse esta conducta abusiva? A estos efectos habría que verificar si el minoritario persigue un interés extra social en su conducta.

En estos casos la conducta conforme al interés social que demanda el deber de lealtad impide hacer uso de la minoría de bloqueo y exige la cooperación con la mayoría para contribuir al buen funcionamiento de la sociedad, en la medida en que el interés social se identifica con la continuidad de la sociedad.⁵⁰

Rubio Vicente considera dicha conducta abusiva de la siguiente manera: “Por eso, siempre que como consecuencia de su actuación se ponga en peligro en estos casos de bloqueo el funcionamiento de los órganos sociales o su existencia financiera, la no asistencia, el voto negativo o la abstención no pueden menos que reputarse manifiestamente abusivos. La oposición formulada a toda costa y a cualquier precio, con el único objetivo de conservar la minoría de bloqueo, no puede ser amparada por el Derecho cuando está en juego la viabilidad de la sociedad. La legitimidad que posee en otro caso esta actuación desaparece ante los resultados perversos de su ejecución”.⁵¹

Entonces, la impugnación por un minoritario de una decisión tomada por la mayoría destinada a preservar la compañía no podría sino ser abusiva. En el caso contrario, si la minoría logra paralizar los órganos sociales tendríamos que se le estaría premiando con la disolución de la sociedad.⁵²

Una vez que la sociedad se encuentra en esta situación de pérdida de capital e imposibilidad de reposición, tenemos que considerar cómo es el tratamiento de una sociedad cuyo capital se ha perdido pero que no logra reponerlo. ¿Debería considerarse la sociedad automáticamente en liquidación?

Morles opina que “la alternativa, en el caso de pérdida total del capital social, sería entonces la siguiente: o se aprueba por unanimidad el reintegro o se aprueba por mayoría la disolución”.⁵³

⁵⁰ Debería existir un deber de lealtad de los accionistas hacia la sociedad y hacia el resto de los socios, en comparación con la que tienen en un contrato sinalagmático y que constituyan una parte fundamental del Derecho de sociedades cerradas...a través de los deberes de lealtad se completa el contrato social integrándolo con todas aquellas normas de conducta de los socios que éstos habrían pactado de haber podido redactar un contrato completo en el momento de constitución de la sociedad.” Jesús Alfaro Águila-Real, *ob. cit.*, p. 15.

⁵¹ Pedro J. Rubio Vicente, *ob. cit.*, p. 92.

⁵² Eduardo A. Marsala, “El Abuso de las Minorías”; X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, La Falda, Córdoba, 2007), p. 255.

⁵³ Alfredo Morles Hernández, *ob. cit.*, p. 1418.

Pareciera que según *Morles* sin la participación de los minoritarios (en un caso como el analizado) en Venezuela una sociedad en esta situación está destinada a la disolución.

Sin embargo, no todos los autores son de la misma opinión expresada anteriormente, es decir, con la conclusión de que el destino de una sociedad en esta situación sería la liquidación como algo irremediable debido a la imposibilidad de cumplir su objeto social. En efecto, ¿qué pasa cuando dicha situación es producto de un bloqueo de los minoritarios, siendo la sociedad una empresa totalmente viable? No pareciera lógico concluir que una sociedad en dicha situación deba ser liquidada.

Galgano expresa lo siguiente con relación al problema para la ley italiana: “En doctrina se ha muchas veces objetado que el artículo 2447 es inaplicable al caso de pérdida total del capital social y que tal caso está irremediamente integrado a una causa de disolución de la sociedad, por imposibilidad de conseguir el objeto social o por imposibilidad de funcionamiento de la sociedad. Llevar a cero con la contextual reconstitución del capital con deliberación de la asamblea sería considerado lesivo de los derechos del accionista de minoría, el cual se encontraría de frente a la alternativa si concurrir al aumento de capital social ... o encontrarse excluido de la sociedad (causa de exclusión que no está prevista en la ley). ¿Será esta la interpretación que se le debe dar también a la situación en Venezuela?”

La posición de *Galgano* parece no coincidir con la de *Morles*, teniendo inclusive reservas sobre la admisibilidad de deliberaciones unánimes en las sociedades por acciones.

Para *Galgano* la pérdida del capital no es una causal automática de disolución, ya que los accionistas tienen la posibilidad de proceder a su reconstitución. En efecto, expresa “Pero el punto es que la pérdida del capital social no puede considerarse, por si sola, causa de disolución. La misma no está prevista como tal en el artículo 2448; podrá dar lugar a una de las causas legislativamente previstas (imposibilidad de conseguir el objeto social o la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad), pero ese será el caso sólo si la sociedad no se revele en grado de obviar la pérdida del propio capital, procediendo a su reconstitución. Se disolverá si perdido el capital, se abstendrá de deliberar su reposición o si, deliberada el nuevo capital no encuentre suscriptores.”

Ahora supongamos que la mayoría decide hacer la reposición, pero el minoritario decide no reponer y no separarse. ¿Qué sucedería? Es importante destacar en esta materia la poca claridad del Código de Comercio venezolano cuando se trata de determinar el destino de accionistas minoritarios que deciden no reponer el capital perdido de la sociedad, pero que tampoco deciden separarse de la sociedad.

En estos casos hay que recordar que la admisibilidad de la supresión del estatus de socio existió en Italia para las mismas normas que reproduce hoy en día nuestro Código de Comercio y que fue la Casación italiana en contra de la doctrina predominante la que negó dicha posibilidad.

Menciona *Morles* “en el caso de la pérdida total del capital, la Corte de Casación italiana, con la predominante opinión de la doctrina, rechazó el principio de la plena admisibilidad de supresión del estatus de socio, si este rechaza la suscripción del nuevo capital. Ferri considera que la razón decisiva para rechazar la supresión del estatus de socio por mayoría se encuentra en el hecho de que la pérdida íntegra del capital comporta la imposibilidad de conseguir el objeto social, lo cual deriva en una causa de disolución y en el derecho automático del socio a una cuota de la liquidación, derecho que no puede ser suprimido por mayoría (Ferri).”

Sin embargo, según *Galgano*, el socio que no suscriba la reconstitución del capital perdido pierde la cualidad de socio, siendo anuladas sus acciones al llevar a cero el capital. *Galgano* menciona que ellos hubieran perdido en todo caso la cualidad de socio; si no por la anulación de sus acciones, por el efecto de la disolución de la sociedad y la consecuente liquidación de la sociedad, de tal forma que el derecho del socio, que se pretende tutelar, no es otra cosa en definitiva que el derecho de liquidación de la sociedad. ¿No sería esta interpretación de posible aplicación en el caso de la legislación venezolana?

“Es por lo tanto tautológico invocar, contra la admisibilidad de una reposición por mayoría del capital perdido, un derecho del socio a la liquidación que presupone una ya realizada –pero respecto de la pérdida del capital, todavía no realizada– causa de disolución de la sociedad”.⁵⁴

Sostiene *Galgano* “la cesación de su propia participación social por efecto de la pérdida integral del capital es un riesgo que corre, en cuanto tal, cada socio de una sociedad de capital. El derecho de opción (a suscribir) le permite, si se delibera la reposición del capital perdido, de conservar –y de conservar en proporción inalterada– la propia participación en la sociedad; le toca a él decidir si quedarse o no en la sociedad; si no se queda, porque se abstiene de ejercitar su derecho a suscribir, no se queda por un hecho que le es propio, no porque fue excluido de la sociedad”.⁵⁵

Tal vez podría ser válida una interpretación similar a la de *Galgano* para el caso venezolano ante la poca claridad de la normativa aplicable. Sin embargo, no es el tema preciso de este trabajo y además este tema tendría que ser objeto de otros análisis. Nos podemos limitar a calificar, como hacen varios autores, de

⁵⁴ Francesco Galgano, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell' Economia*, volumen séptimo, “La Società per Azioni”, segunda edición. pp. 393-395.

⁵⁵ *Ídem*.

abusivas las conductas obstruccionistas de los accionistas minoritarios destinadas a tratar de disolver una sociedad perfectamente viable, mediante conductas de obstrucción destinada a evitar decisiones que pueden eliminar una causal de disolución.

Doctrinas jurídicas destinadas a contrarrestar el abuso de las minorías

Los autores *Alcalde y Parentti* resumen estas doctrinas:

Doctrina de la justificación objetiva

Se trata de una doctrina alemana, basada en que las decisiones que tomen los socios, pero "... que pueda afectar a los otros accionistas debe corresponder a un deber de necesidad y proporcionalidad". Es decir, que las personas ligadas mediante un contrato de sociedad se deben mutua fidelidad. En consecuencia, cuando un accionista toma una decisión debe tomar en cuenta el interés de los demás socios, por lo tanto, existen limitaciones al ejercicio del voto. Esta teoría establece que la decisión del socio que lesiona el interés de otro socio debe tener una justificación objetiva, con fundamento de oportunidad y conveniencia que le otorgue razonabilidad a la decisión. En definitiva, al votar todos los socios deben tomar en cuenta el interés del resto de ellos.⁵⁶

Doctrina de la buena fe y el deber de fidelidad en las relaciones societarias

Según esta doctrina los accionistas tienen que adecuar sus conductas a exigencias de lealtad recíproca. Este sería un principio general aplicable a cualesquiera contratos. Esta es una doctrina sajona basada en el deber de lealtad recíproca que debe existir entre quienes se relacionan bajo este tipo de contrato.

"Para la doctrina anglosajona, si bien los socios no están obligados a actuar teniendo en mira los intereses de los otros socios deben, no obstante, ejercer sus derechos para un fin adecuado (*proper purpose*), y se considera que el fin es inadecuado cuando, aun no siendo contrario a ninguna disposición legal, es contrario al bienestar de todos los socios.

⁵⁶ Definitivamente, "...sobre los accionistas que deseen adoptar una decisión pesa siempre el deber de tener en consideración los intereses de los demás socios, es decir, de valorar, en el caso de que se trate, las consecuencias concretas de la decisión adoptada y, con especial atención, la necesidad y proporción que ésta guarde al resultado que se pretende obtener, atendida la posición en que ella colocará al resto de los accionistas". Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Grace Rutheford Parentti, *ob. cit.*, p. 90.

De este modo el fin es inadecuado si tiene en mira la satisfacción de intereses extra sociales o si tiene por objeto perjudicar a otros socios o afianzar el poder del grupo de control o aún su propio prestigio”.⁵⁷

El autor *Hetherington* considera que los minoritarios están sujetos al mismo deber de lealtad (*duty of loyalty*) al cual están sujetos los mayoritarios que tienen control en una sociedad de capital cerrado.⁵⁸

Doctrina del motivo ilícito en el ejercicio del voto

Se trata de una doctrina italiana que sostiene que las decisiones que perjudican a otros socios pueden ser invalidadas por abuso de poder al tratarse de decisiones lesivas para otros socios. Según esta doctrina “...el criterio para determinar si la actuación del socio minoritario puede o no calificarse como jurídicamente legítima exige también recurrir al concepto de “causa”, pero entendida -conforme aquí se concibe- bajo una consideración de plano objetiva, es decir, como “supuesto de hecho legalmente suficiente para justificar un determinado efecto jurídico”. En este sentido, si el supuesto de hecho típico (causa) es convertido en un simple medio para obtener una finalidad contraria al interés jurídicamente protegido con el derecho de voto, la causa deviene entonces en ilícita”.⁵⁹

Doctrina del exceso o desviación de poder

Se trata de una doctrina tomada del derecho administrativo como una forma de desviación de poder del derecho de voto y basada en que el interés social es superior al interés del accionista. “De igual manera, advertimos que el rasgo definitorio de la teoría del exceso de poder se sitúa en la concepción del derecho de voto no como un derecho subjetivo atribuido al socio en su propio interés, sino como una potestad, atribuida para su ejercicio en aras de la consecución de un fin institucional. El ejercicio del voto se concibe, pues, como una obligación o deber de perseguir de forma exclusiva el interés social, del mismo modo que el ejercicio de una potestad jurídico-pública es obligatorio por cuanto que se atribuye en función de un interés ajeno a su titular. Se presume, así, que el socio, con el derecho de voto, tiene un poder jurídico que le ha sido concedido en interés de otros.”⁶⁰

⁵⁷ Roimiser, 1979, citado por Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Grace Rutheford Parentti, *ob. cit.*, p. 90.

⁵⁸ J.A.C. Hetherington, “The Minority’s Duty of Loyalty in Close Corporations”, *Duke Law Journal*, Durham, 1972, p. 933.

⁵⁹ Enrique Alcalde Rodríguez y Romy Grace Rutheford Parentti, *ob. cit.*, p. 98.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 93.

Doctrina del fraude a la ley

Consiste en la utilización de medios oblicuos para obtener un resultado que la ley pretende impedir. “El problema ... se vincula con la notable disparidad de criterios que muestra tanto la doctrina como la jurisprudencia al momento de determinar cuál es la sanción por el acto in *fraudem legis*, para cuyo efecto se han postulado soluciones tan diversas como la nulidad por objeto ilícito o por causa ilícita o la inoponibilidad y prevalencia de la norma defraudada con el acto ejecutado, siendo de advertir que incluso algunos se pronuncian en contra de la represión genérica del fraude a la ley.”⁶¹

Doctrina del abuso de derecho

Se produciría en situaciones donde el derecho de voto se aparta de los fines para los cuales la ley concedió tal derecho. “Para esta teoría, los acuerdos que adopte un grupo de accionistas pueden ser impugnados si ellos obedecen al ejercicio de un derecho de voto que se aparta de los fines para los cuales tal derecho se concedió.

De esta manera, si una determinada decisión solo encuentra fundamento real en la circunstancia de causar un perjuicio a los consocios o, bien, obtener un beneficio que es ajeno al interés jurídico protegido con el voto, su ejercicio pasa a ser ilegítimo o contrario al ordenamiento jurídico.”⁶²

Algunas soluciones del derecho comparado al obstruccionismo de los minoritarios. La dificultad de corregir el problema de abuso de la minoría

Tal como vimos anteriormente, y tomando en cuenta la legislación venezolana, consideramos que acudir a la disolución como una forma de solución al problema del abuso de las minorías debería ser una solución a descartarse, ya que estaríamos acudiendo a una causal que habría sido creada por el propio accionista minoritario en forma abusiva.

En este sentido, en Estados Unidos la legislación intenta proteger el orden público consistente en la continuidad de la existencia de las sociedades. En efecto, la posibilidad de retiro de la inversión de un accionista minoritario se debería considerar excepcional. “Al final siempre que la legislación de disolución sea el principal medio por el cual el minoritario puede intentar retirar su inversión de la

⁶¹ *Ídem.*

⁶² “Se considera que nuestro ordenamiento jurídico adhiere a una concepción “contractualista” de la sociedad, de lo cual resulta evidente que el concepto de “interés social” necesariamente tiene relación con los intereses de quienes son partes del contrato, es decir, los propios accionistas, y con exclusión de otros sujetos que puedan interactuar con la sociedad, por legítimos que sean sus intereses y por mucho que se vean afectados por las decisiones adoptadas por aquella.” *Ibíd.*, p. 95.

firma, la ley está comprometida a la proposición de que la minoría no tiene derecho a retirarse excepto en casos inusuales y estrechamente restringidas circunstancias”.

Afirma *Hetherington* que “en casos de disolución involuntaria corporativa, los tribunales parecen asumir que dicho decreto va a resultar en la terminación del negocio. Percibiendo el interés público en la continuación de las firmas rentables, los tribunales otorgan la disolución en forma de excepciones y luego de haber considerado los intereses que compiten en preservar la firma.”⁶³

Como alternativas que podrían ser consideradas para una posible solución a esta problemática, autores como *Megías* consideran más razonables las siguientes: (i) que el juez reconduzca la sociedad al interés social; (ii) obligación legal de compra de la participación del socio oprimido o inclusive el establecimiento de causales de separación en los estatutos en caso de comportamiento abusivos.⁶⁴

“La primera entiende necesario proporcionar a los Tribunales la facultad de corregir el comportamiento extra social perjudicial e imponer con la condena el criterio más favorable al interés social. La segunda se orienta por la salida del socio perturbador a través de su separación o exclusión respectivamente, como herramienta para eliminar de raíz el conflicto, superar los problemas de intrasmisibilidad de la cuota social en las sociedades cerradas y tutelar en definitiva a la parte perjudicada.”⁶⁵

Si bajo la posibilidad que ofrece la legislación venezolana intentáramos acudir a la teoría del abuso de derecho a los fines de corregir este tipo de situaciones abusivas, tendríamos que concluir que en todo caso valorar el uso o el abuso de un derecho es de por sí complicado.⁶⁶ Sin embargo, es la institución general que tendrían los jueces para evaluar si existe o no una situación de abuso.⁶⁷ Establece el artículo 1.185 del Código Civil: “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”.

⁶³ J.A.C. Hetherington y Michael P. Dooley, *ob. cit.*, p. 27.

⁶⁴ Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 43.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁷ “Para las conductas activas o positivas de los socios minoritarios -solicitudes de información o impugnación de acuerdos, e incluso solicitud de convocatoria de la Junta General – que superen tal límite, cabe la posibilidad de acudir al abuso de derecho como institución general en manos de los jueces -en su caso, y con carácter previo, también de los administradores- para desestimar la pretensión por injustamente obstruccionista para la marcha de la sociedad”. *Ibid.*, p. 41.

Es importante señalar que una indemnización por daños y perjuicios no guardaría relación con el daño causado a la sociedad por efectos del abuso, por lo que este tipo de sanción sería insuficiente.⁶⁸

A los fines de la determinación de la conducta abusiva el denominador común deberá ser un comportamiento extra social de los socios que perjudica el interés social, o una injerencia indebida en la sociedad, o un perjuicio intolerable por injusto. Sin embargo, debido a estas dificultades en la determinación e interpretación de la situación, el control judicial es de difícil aplicación y todo caso debería interpretarse en forma restrictiva, solo en casos evidentes de abuso, en efecto interpretaciones amplias pueden impedir al minoritario el ejercicio de sus derechos.

Según *Rubio Vicente* en estos casos. "...el juez, lejos de determinar cuál es el concreto interés social y enjuiciar su bondad, debe limitarse únicamente a verificar si hay o no abuso de minoría, si esta respeta en su actuación el interés social, si, en definitiva, hay conflicto entre el interés común y el interés egoísta del socio (...)"⁶⁹ En definitiva, se debe verificar que la actuación del accionista minoritario se encuentra conforme al interés social.⁷⁰

⁶⁸ "De ahí el rechazo frontal a la tan socorrida aplicación uniforme y excluyente de una indemnización por daños y perjuicios y nuestra posición favorable, en cambio, a la aplicación simultánea o alternativa de reparaciones in natura de los efectos del abuso. Aunque aquella dispone de un justificado ámbito de aplicación en el marco específico de los abusos positivos, se muestra claramente insuficiente e inapropiada en los negativos, donde la compensación posterior al abuso ya no puede evitar la extinción de la sociedad por bloqueo de la operación societaria que garantizaba su supervivencia jurídica o económica. El interés social, en estos casos, debería estar centrado en la continuidad de la sociedad, objetivo éste que a todas luces no se alcanza con una indemnización posterior si el acuerdo social imprescindible para su supervivencia sigue sin poder ser adoptado. El juez podría por ejemplo rechazar el voto de los minoritarios o tomar medidas que en todo caso lleven a la aprobación del acuerdo que no se puede implementar y que puede determinar la desaparición de la sociedad". Pedro J. Rubio Vicente, *ob. cit.*, p. 98.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 97.

⁷⁰ "El juez no define el interés social en los casos en que el conflicto entre los socios sea entre intereses legítimos de todos ellos, pues tal labor se atribuye por la ley a la mayoría. Su cometido se limita a valorar si en la relación interna de conflicto entre los socios se producen o no comportamientos extra-sociales, y en tal caso adoptar la opción que mejor convenga al interés social para evitar el mantenimiento del abuso, que probablemente será la pretendida por el sujeto perjudicado, ya sea el socio minoritario, ya la sociedad representada por la voluntad de la mayoría. A ello se sumaría, como es oportuno para compensar los daños y perjuicios causados y reconoce el propio art. 7.2 del Código Civil para los casos de abuso, una indemnización favorable al perjudicado y a cargo del causante del perjuicio por la conducta abusiva". Javier Megías López, *ob. cit.*, p. 45.

Es decir, se considera que la jurisprudencia debería tender a respetar el funcionamiento de la sociedad en base a sus reglas.

En España, “en la actualidad se reconoce, incluso, dicha facultad de los Tribunales en la dicción del artículo 7.2 del Código Civil: frente a los casos de abuso de derecho procederá “la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.⁷¹

En Francia, el nombramiento de un representante *ad hoc* – o sentencia que equivale a la adopción del acuerdo, sería la medida judicial, mejor que indemnización pecuniaria. En este sentido, entendemos que, una vez acreditado el abuso, el juez tiene que ser libre para adoptar la solución que mejor se ajusta a la urgencia de la situación social y mejor satisface los intereses sociales. Si cuando se trata de un abuso de la mayoría se procede a anular los votos de la mayoría y el acuerdo adoptado con ellos con abuso de derecho de voto y se considera la mejor solución, en orden a la consecución de estos objetivos, parece lógico que se haga lo propio en los supuestos de abuso de la minoría, de suerte que, al impugnarse el acuerdo negativo por este motivo, el juez proceda a la anulación de los votos emitidos abusivamente por la minoría y declare simultáneamente la aprobación y ejecución del acuerdo necesario para la sociedad”.⁷²

“Una justa causa legal de separación o de exclusión de socios facilitaría la ruptura de la relación jurídica cuando esta se haga insoportable, y así lo es precisamente cuando la minoría no obtiene nada de su participación en la sociedad e incluso es directamente perjudicada por una actitud déspota de la mayoría de control arbitraria, y en sentido inverso cuando el comportamiento oportunista de una minoría de socios es capaz de afectar el normal funcionamiento de la sociedad por medio del chantaje.”

Por otra parte, “si se adopta una posición favorable a configurar la salida del socio minoritario como un mecanismo de resolución de los conflictos permanentes en las sociedades cerradas, no hay razones para no promover alternativamente una solución con similares consecuencias para el socio separado o excluido, pero probablemente menos gravosas para la sociedad, y por tanto igual de eficaz pero más eficiente. Singularmente, la opción preferible es la compra o venta forzosa de la participación por la sociedad o por los demás socios.

Conclusiones

La legislación venezolana no contempla normas específicas destinadas a corregir la posibilidad de que accionistas minoritarios implementen actividades obstruccionistas en abuso de sus derechos de protección con finalidades particulares que no se corresponden con el interés social. Sin embargo, nuestra

⁷¹ *Ibíd.*, p. 47.

⁷² Pedro J. Rubio Vicente, *ob. cit.*, p. 101.

legislación sí contempla derechos de protección a los minoritarios, y estos derechos pueden ser utilizados de manera abusiva. Existen múltiples teorías que permiten atacar el abuso de las minorías. En Venezuela, pareciera que el abuso de derecho sería la más adaptada para la defensa contra conductas obstruccionistas de los minoritarios. Sin embargo, sería necesario que la legislación contemple mecanismos concretos para solucionar la falta de protección ante las conductas obstruccionistas de los accionistas minoritarios.

Las sociedades anónimas de capital cerrado son las que presentan la mayor oportunidad para el obstruccionismo de las minorías. Deben entonces negociarse o contemplarse mecanismos claros con formas de valoración adecuadas que faciliten eventualmente la salida del minoritario.

Es importante verificar si en la creación de sociedades se está utilizando una forma societaria que pueda servir adecuadamente a los fines para los cuales se está constituyendo.

Sin embargo, consideramos que es aún más importante evaluar adecuadamente y determinar en forma precisa, la estructura interna de poder de la sociedad.

Es recomendable que la estructura de poder y control estén regulados en forma explícita en acuerdos privados entre accionistas que permita a los mayoritarios y a los minoritarios conocer el alcance de sus derechos y compromisos y que impidan acciones en detrimento de la viabilidad de la sociedad, fundamentadas en intereses individuales.

La protección de los derechos societarios de las minorías y mayorías deben estar siempre en equilibrio para lograr la adecuada funcionalidad y permanencia de la sociedad para lograr su objeto.

Apéndice

Artículos relevantes del Código de Comercio venezolano:

Artículo 260. Además de los libros prescritos a todo comerciante, los administradores de la compañía deben llevar:

1) El libro de accionistas, donde conste el nombre y domicilio de cada uno de ellos, con expresión del número de acciones que posea y de las sumas que haya entregado por cuenta de las acciones, tanto por el capital primitivo, como por cualquier aumento, y las cesiones que haga.

2) El libro de actas de la asamblea.

3) El libro de actas de la Junta de administradores. Cuando los administradores son varios se requiere para la validez de sus deliberaciones, la presencia de la mitad de ellos, por lo menos, si los estatutos no disponen otra cosa; los presentes deciden por mayoría de número.

Artículo 261. Los administradores permitirán a los accionistas inspeccionar los libros, indicados en los números 1 y 2 del artículo anterior.

Artículo 282. Los socios que no convengan en el reintegro o en el aumento del capital, o en el cambio de objeto de la compañía, tienen derecho a separarse de ella, obteniendo el reembolso de sus acciones, en proporción del activo social, según el último balance aprobado.

La sociedad puede exigir un plazo hasta de tres meses para el reintegro, dando garantía suficiente.

Si el aumento del capital se hiciere por la emisión de nuevas acciones, no hay derecho a la separación de que habla este artículo.

Los que hayan concurrido a algunas de las asambleas en que se ha tomado la decisión, deben manifestar, dentro de las veinticuatro horas de la resolución definitiva, que desean el reembolso. Los que no hayan concurrido a la asamblea, deben manifestarlo dentro de quince días de la publicación de lo resuelto.

Artículo 284. Todo accionista tiene derecho, desde quince días antes de la reunión de la asamblea, a examinar en el establecimiento social el inventario y la lista de accionistas, y puede hacerse dar copia del balance general y del informe de los comisarios, que al efecto harán imprimir los administradores.

Artículo 287. La asamblea ordinaria nombrará uno o más comisarios, socios o no, para que informen a la asamblea del siguiente año sobre la situación de la sociedad, sobre el balance y sobre las cuentas que ha de presentar la administración.

La deliberación sobre la aprobación del balance y las cuentas será nula, si no ha sido precedida del informe de los comisarios.

Si la asamblea no nombra comisarios, en los casos de impedimento o no aceptación de alguno o algunos de los nombrados, cualquier interesado puede ocurrir al Juez de comercio del domicilio de la sociedad, el que nombrará con anuencia de los administradores, los comisarios que falten.

Artículo 288. Cuando la tercera parte de los que concurran a la asamblea o un número que represente la mitad del capital representado en la asamblea, no se crea bastante informado sobre las materias sometidas a la deliberación, puede pedir que la reunión se difiera por tres días, y los otros accionistas no podrán oponerse. Este derecho no puede ejercerse sino una sola vez sobre el mismo objeto.

La disposición de este artículo no es aplicable a la asamblea para la constitución de la compañía, que se regirá por el artículo 253.

Artículo 289. Las decisiones de la asamblea, dentro de los límites de sus facultades, según los estatutos sociales, son obligatorias para todos los accionistas, aún para los que no hayan concurrido a ella, salvo los dispuesto en el artículo 282.

Artículo 290. A las decisiones manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley, puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste, oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones, y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir sobre el asunto.

La acción que da este artículo dura quince días, a contar de la fecha en que se dé la decisión.

Si la decisión reclamada fuese confirmada por la asamblea con la mayoría y de la manera establecida en los artículos 280 y 281, será obligatoria para todos los socios, salvo que se trate de los casos a que se refiere el artículo 282, en que se procederá como él dispone.

Artículo 291. Cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, un número de socios que represente la quinta parte del capital social podrá denunciar los hechos al Tribunal de Comercio, acreditando debidamente el carácter con que proceden.

El Tribunal, si encontrare comprobada la urgencia de proveer antes de que se reúna la asamblea, podrá ordenar, luego de oídos los administradores y comisarios, la inspección de los libros de la compañía, nombrando a este efecto, a costa de los reclamantes, uno o más comisarios, y determinando la caución que aquéllos han de prestar por los gastos que se originen de tales diligencias.

El informe de los comisarios se consignará en la Secretaría del Tribunal.

Cuando no resulte ningún indicio de la verdad de las denuncias, así lo declarará el Tribunal, con lo cual terminará el procedimiento. En caso contrario, acordará la convocatoria inmediata de la asamblea. Contra estas providencias no se oirá apelación sino en un solo efecto.

Artículo 305. Los comisarios presentarán un informe que explique los resultados del examen del balance y de la administración, las observaciones que éste les sugiera y las proposiciones que estimen convenientes, respecto a su aprobación y demás asuntos conexos

Artículo 306. Una copia del balance quedará depositada junto con el informe de los comisarios, en las oficinas de la compañía durante los quince días precedentes a la reunión de la asamblea, y hasta que esté aprobado.

Todo el que acredite su calidad de socio, tendrá derecho a examinar ambos documentos.

Artículo 310. La acción contra los administradores por hechos que sean responsables compete a la asamblea, que la ejerce por medio de los comisarios o de personas que nombre especialmente al efecto.

Todo accionista tiene, sin embargo, el derecho de denunciar a los comisarios los hechos de los administradores que crea censurables, y los comisarios deben hacer constar que han recibido la denuncia, en su informe a la asamblea. Cuando la denuncia sea hecha por un número de socios que represente por lo menos la décima parte del capital social, deben los comisarios informar sobre los hechos denunciados.

La representación del décimo se comprueba con el depósito de las acciones por los mismos comisarios, u otra persona notoriamente abonada a juicio de los comisarios. Las acciones permanecerán depositadas hasta que se haya verificado la próxima asamblea.

Si los comisarios reputan fundado y urgente el reclamo de los accionistas que representan el décimo del capital social, deben convocar inmediatamente a una asamblea que decidirá siempre sobre el reclamo.

Artículo 311. Los comisarios deberán:

- 1) Revisar los balances y emitir su informe.
- 2) Asistir a las asambleas.
- 3) Desempeñar las demás funciones que la Ley y los estatutos les atribuyan y, en general, velar por el cumplimiento, por parte de los administradores, de los deberes que les impongan la Ley, la escritura y los estatutos de la Compañía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRIÁN HERNÁNDEZ, T. M., “La Recepción del Derecho Societario Europeo en el Código de Comercio de 1904 y su Perpetuación Hasta la Actualidad”, *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique y RUTHEFORD PARENTTI, Romy G., “El Abuso de la Minoría en la Sociedad Anónima”, *Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo Actualidad Jurídica*, No. 38, Santiago de Chile, julio 2018.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Los Problemas Contractuales en las Sociedades Cerradas”, *Revista para el Análisis del Derecho*, No. 308, Barcelona, octubre de 2005.

ART, Robert C., “Shareholders Rights and Remedies in Close Corporations: Oppression, Fiduciary Duties, and Reasonable Expectations”, *J. Corp. L.*, 2003.

LARK, Robert C., “Corporate Law”, *Journal of Legal Education*, Vol. 37, No. 3, Asociación Americana de Escuelas de Derecho, Berkeley, 1987.

FUENTES NAHARRO, Mónica, “El Accionista Depredador. Un acercamiento a la Figura y su Problemática a Partir de la Experiencia Comparada”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, No. 128, Madrid, octubre-diciembre 2012.

GOLDSCHMIDT, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Venezolana, S.R.L., Caracas, 1979.

HAYNSWORTH, Harry J., “The Effectiveness of Involuntary Dissolution Suits as a Remedy for Close Corporation Dissension”, *Cleveland State Law Review*, Vol. 35, Cleveland, 1987.

HETHERINGTON, J.A.C. y DOOLEY, Michael P., “Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem”; *Virginia Law Review*, Vol. 63, No. 1, Charlottesville, Virginia, febrero 1977.

HETHERINGTON, J.A.C., “The Minority’s Duty of Loyalty in Close Corporations”, *Duke Law Journal*, Durham, 1972.

HUNG VAILLANT, Francisco, *Sociedades*, Quinta edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1999.

KLEIN, William A., COFFEE, John C. y PARTNOY, Frank, *Business Organization and Finance, Legal and Economic Principles*, The Foundation Press, Inc., Nueva York, 1996.

LATTIN, Norman D., “Minority and Dissenting Shareholders’ Rights in Fundamental Changes”, *The New Look in Corporation Law*, Vol. 23, No. 2, Duke University, 1958.

MARSALA, Eduardo A., “El Abuso de las Minorías”; *X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, La Falda. Córdoba, 2007.

MEGÍAS LÓPEZ, Javier, “Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense del Real Centro Universitario Escorial María Cristina*, Tomo XLVIII, Madrid, 2014.

MONTALENTI, Paolo, “Tutela delle minoranze, interesse sociale e sistemi di controllo”, *Rivista di Diritto Societario*, Giappichelli. Disponible en: <https://www.rivistadirittosocietario.com/tutela-minoranze-interesse-sociale-e-sistemi-di-controllo>, consultado en fecha 3 de agosto de 2022.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles*. Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.

RUBIO VICENTE, Pedro J., “Una Aproximación al Abuso de la Minoría en la Sociedad Anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, No. 21, España, 2003.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 1.420 del 20 de julio de 2006. Disponible: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1420-200706-05-2397.HTM>, consultado en fecha 29 de julio de 2022.

Venezuela, Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio, publicada en Gaceta Oficial No. 475, del 21 de diciembre de 1955.

____ Ley de Registros y Notarías, publicada en Gaceta Oficial No. 6.668 Extraordinario, del 16 de diciembre de 2021.

CARACTERÍSTICAS DE OPERACIONES DE FUSIONES Y ADQUISICIONES EN VENEZUELA ENTRE 2014 Y 2020

*Fulvio Italiani**
*Giancarlo Carrazza***

SUMARIO

Evolución de la actividad de fusiones y adquisiciones en Venezuela. Características principales de operaciones ocurridas entre 2014 y 2020: Venta extrajudicial; Tipo de comprador; Deuda financiera; Venta “as is”; Compra de activos vs compra de acciones; Precio de venta y métodos de valoración; Banqueros de inversión; Firma y cierre simultáneos; Obligaciones; Opciones de recompra; Derecho aplicable y resolución de disputas; Desafíos posteriores al cierre. Referencias bibliográficas.

Evolución de la actividad de fusiones y adquisiciones en Venezuela

La década de los 90 estuvo marcada por una actividad tradicional de fusiones y adquisiciones y una ola de privatizaciones.

Entre las privatizaciones más notables de esta época se incluyen:

- CANTV en 1991: el Consorcio VenWorld, liderado por GTE Corporation (ahora Verizon), compró el 40 por ciento del capital de CANTV por un monto de US\$1,8 mil millones);
- Viasa en 1991: Iberia, junto con el Banco Provincial, compraron el 60 por ciento del capital de Viasa por un monto de US\$145,5 millones); y

* Socio en D’Empaire.

** Abogado en D’Empaire.

- Sidor en 1998: el Consorcio Amazonia, un grupo de productores de acero latinoamericanos liderado por la argentina Siderar, compró el 70 por ciento del capital de Sidor por 1.200 millones de dólares).¹

Esta década también vio la apertura de la industria petrolera a la inversión privada –*apertura petrolera*– a través de la adjudicación de asociaciones estratégicas, reparto de las ganancias y acuerdos operativos a las compañías internacionales de petróleo y gas.

Los primeros años del mandato de Hugo Chávez (1999-2006), aunque políticamente inestables, todavía estuvieron marcados por una actividad tradicional de fusiones y adquisiciones y la apertura de algunos sectores a la inversión extranjera. En estos años se produjeron importantes adquisiciones de grandes empresas cotizadas en bolsa.

Las adquisiciones e intentos de adquisición más notables de esta época incluyen:

- La Electricidad de Caracas (EDC) en el 2000: AES Corporation compró el 87 por ciento del capital de EDC a través de una oferta pública de adquisición (OPA) hostil por US\$1,66 mil millones para las acciones y ADRs de la compañía en Venezuela y los Estados Unidos); AES luego intentó adquirir el 43,2 por ciento del capital de CANTV a través de una OPA hostil de US\$1,37 mil millones en 2001, pero AES retiró la oferta como resultado de los ataques del 11 de septiembre y el rechazo de CANTV de la oferta;²
- Digitel en el 2000: Telecom Italia compró el 55,6 por ciento del capital de Digitel en el 2000, y luego vendió el 100 por ciento de sus intereses a Grupo Televenco en 2006 por 425 millones de dólares estadounidenses; y
- Mavesa en el 2001: Grupo Polar compró el 100 por ciento del capital de Mavesa a través de una OPA de US\$ 480 millones por las acciones y ADR de la compañía en Venezuela y Estados Unidos.

De 2006 a 2013, el gobierno nacionalizó varias industrias. Estas nacionalizaciones fueron impulsadas por un aumento en los precios del petróleo, y se llevaron a cabo a través de nacionalizaciones directas (en muchos casos sin compensación a los propietarios de las empresas o activos nacionalizados) u operaciones negociadas.

¹ Thomas T. Vogel Jr., “Latin Consortium Wins Control Of Venezuelan Steelmaker Sidor,” *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB882467562116854500>.

² Marc Lifsher y Robin Sidel, “AES Withdraws Its Bid For Venezuela’s CANTV,” *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB1005145018782374000>.

Estas operaciones se llevaron a cabo a través de un anuncio formal o informal por parte del gobierno de su deseo de nacionalizar una empresa, seguido de una negociación de la compra de la empresa por parte del gobierno utilizando herramientas tradicionales de fusiones y adquisiciones (debida diligencia, negociación de acuerdos de compra de acciones y, en algunos casos, ofertas de licitación en el mercado de capitales).

Este tipo de operaciones incluyeron:

- CANTV en 2007: Verizon vendió toda su participación en CANTV (28,5 por ciento) al gobierno venezolano por US\$572 millones de conformidad con una OPA de US\$1,3 mil millones para las acciones y ADR de la compañía en Venezuela y en los Estados Unidos. El anuncio de la nacionalización de CANTV siguió a la oferta conjunta de Telmex y América Móvil para comprar CANTV, de conformidad con una OPA hostil por las acciones y ADR de la compañía en Venezuela y en los Estados Unidos; esta oferta fue retirada por Telmex y América Móvil como resultado del anuncio de nacionalización;³
- La Electricidad de Caracas (EDC) en 2007: AES Corporation vendió la totalidad de su participación en EDC (82 por ciento) al gobierno venezolano por US\$739 millones tras el anuncio de su nacionalización. La compra se realizó en virtud de una OPA por las acciones y ADR de la compañía en Venezuela y Estados Unidos; y
- el Banco de Venezuela en 2009: Banco Santander vendió la totalidad de su participación en el Banco de Venezuela al gobierno venezolano por US\$1.050 millones).

Por su parte, entre las nacionalizaciones directas destacan:

- la de la participación de ConocoPhillips en los proyectos petroleros Petrozuata, Hamaca y Corocoro entre 2006 y 2007;
- la de la participación de ExxonMobil en el proyecto petrolero Cerro Negro entre 2006 y 2007;
- la de la participación de Cemex en su filial local en el 2008;
- la de Sidor en el 2008: varios meses después del anuncio de la nacionalización de Sidor, el gobierno venezolano y los accionistas de Sidor llegaron a un acuerdo de conciliación en mayo de 2009 que contemplaba el pago de una compensación de US\$1.970 millones;⁴ y

³ Raul Gallegos, "Venezuela to Pay \$572 Million For Verizon's CANTV Stake," *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB117133163758906670>.

⁴ Latin Lawyer, "Ternium and Venezuela settle over Sidor", publicado el 8 de mayo de 2009. Disponible en: <https://latinlawyer.com/article/ternium-and-venezuela-settle-over-sidor>.

- la de la participación de Owens-Illinois en su filial local (2010).

Las nacionalizaciones conllevaron a un aumento en el número de casos de litigios internacionales contra Venezuela, muchos de los cuales concluyeron con la emisión de laudos que están ahora proceso de ejecución, principalmente ante tribunales estadounidenses.

El año 2014 estuvo marcado por agitación política. En este contexto, el gobierno perdió su interés por las nacionalizaciones u operaciones negociadas. Gran parte de dicho período estuvo marcado por controles de precios, controles de cambio y una hiperinflación prolongada. Como resultado de estas condiciones difíciles, varias multinacionales decidieron salir del país.

Mientras que algunas de ellas decidieron cerrar sus operaciones en Venezuela, otras decidieron vender sus operaciones a terceros, lo que provocó una serie de operaciones de fusiones y adquisiciones.

En la siguiente sección, describiremos las principales características de este tipo de operaciones.

A partir de 2020, motivado a la generalizada dolarización y el levantamiento de ciertos controles sobre la economía, han ocurrido una serie de operaciones fusiones y adquisiciones con características diferentes a las ocurridas entre 2014 y 2020. Estas recientes operaciones no son objeto del presente ensayo.

Características principales de operaciones ocurridas entre 2014 y 2020

Venta extrajudicial

Una de las características más destacadas es que las operaciones ocurrieron fuera de los procedimientos de quiebra, por dos razones. Por un lado, las empresas tienen bajos montos de deuda principalmente porque el financiamiento en moneda local se diluyó por la hiperinflación, y la única deuda significativa denominada en moneda extranjera es generalmente deuda con partes relacionadas. Por otro lado, los procedimientos de quiebra existentes en la legislación venezolana se encuentran desactualizados y no son idóneos para liquidar a una compañía insolvente.⁵ Esto hace que el propietario de la empresa venezolana evite los largos e inciertos procedimientos de quiebra y apunte a una venta extrajudicial de sus negocios.

Tipo de comprador

Además de fondos de capital privado, los compradores típicos incluyeron *family offices* de Venezuela, América Latina y Europa. El proceso de toma de

⁵ Los procedimientos pueden tomar varios años, ver: Fulvio Italiani y Carlos Omaña, 'Insolvency Proceedings in Venezuela: A 19th Century Statute is Ill-Equipped to Navigate Current Times', en *Emerging Markets Restructuring Journal*, 2017, 4.

decisiones simplificado de las *family offices*, la confidencialidad y el enfoque en las inversiones a largo plazo o plazo indefinido les dan una ventaja competitiva significativa. Otros inversores institucionales y actores estratégicos globales fueron poco comunes.

Deuda financiera

La deuda financiera generalmente no planteó desafíos para el cierre porque las operaciones de financiamiento externo rara vez han ocurrido en los últimos años. Las operaciones venezolanas han sido financiadas en gran medida por sus accionistas simplemente para mantenerse a flote. En estas operaciones, la deuda con partes relacionadas generalmente se capitaliza antes de la venta o se transfiere al comprador. Y como se mencionó anteriormente, el financiamiento en moneda local se diluyó por la hiperinflación.

Venta “as is”

Las operaciones generalmente se estructuraron como ventas “as is”, con representaciones y garantías y obligaciones de indemnización muy limitadas por parte del vendedor. Las representaciones y garantías de los vendedores generalmente se limitaron a “representaciones fundamentales,” es decir, representaciones y garantías relacionadas con la debida constitución de las compañías, capitalización, poder para actuar, aprobaciones societarias y propiedad sobre las acciones o activos, y las representaciones y garantías relacionadas con normas contra el lavado de dinero (AML), anticorrupción y sanciones comerciales. Los vendedores generalmente requirieron que los compradores proporcionen representaciones y garantías relacionadas con la debida constitución, poder para actuar, aprobaciones societarias, origen de los fondos, falta de condición de financiamiento, normas AML, anticorrupción y sanciones comerciales, así como cláusulas de “*nonreliance*” con relación a las representaciones del vendedor. Las pólizas de seguro sobre representaciones y garantías no fueron viables dadas las condiciones del momento, y las coberturas de riesgo político y económico no estuvieron presentes.

Compra de activos vs compra de acciones

Las ventas generalmente se estructuraron como transferencias de acciones. Las transferencias de activos fueron poco comunes, ya que pueden ser complejas de estructurar y, en la mayoría de los casos, desencadenan aprobaciones regulatorias que no se requieren en las transferencias de acciones; por ejemplo, en una venta de activos, los permisos ambientales, sanitarios, industriales y de otro tipo deben ser enmendados o reemitidos por las autoridades reguladoras, lo que puede retrasar el cierre de la operación. Además, es posible que las ventas de activos deban cumplir con los requisitos de venta de fondo de comercio para aislar al comprador de pasivos no transferidos, y en todo caso el cumplimiento de dichos requisitos no aísla completamente al comprador de ciertos pasivos fiscales y laborales.

Precio de venta y métodos de valoración

El precio generalmente se pagó al momento del cierre en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera en cuentas bancarias ubicadas fuera de Venezuela. Los precios de venta generalmente no estuvieron sujetos a ajustes por capital de trabajo, deuda financiera neta u otros ajustes previos o posteriores al cierre. En ciertos casos, el precio fue nominal.

Las metodologías de valoración utilizadas en operaciones de fusiones y adquisiciones que tienen lugar en otras jurisdicciones (como un análisis de flujo de caja descontado, análisis de empresas comparables, operaciones precedentes, etc.) rara vez se usaron dada la extrema dificultad para pronosticar flujos de caja futuros, y dada la cantidad limitada de datos sobre otras operaciones. En muchos casos, los vendedores cuantificaron los gastos operativos y los pasivos en los que tendrían que seguir incurriendo si no vendían el negocio, y los compradores estimaron qué tan rápido recuperarían el precio de compra y cómo se valoraría la empresa en una economía estabilizada.

Banqueros de inversión

En algunos casos, los vendedores contrataron los servicios de banqueros de inversión (comúnmente boutiques locales o actores regionales) para ayudarlos en la selección de compradores potenciales, la negociación del precio y otros términos financieros y el proceso de debida diligencia. Los compradores rara vez contrataron banqueros de inversión. Muchas operaciones no involucraron a banqueros de inversión en lo absoluto.

Gerencia local

Dada la escasez de talento local calificado, las operaciones a menudo incluyeron acuerdos para retener a la alta gerencia del negocio venezolano que se vende.

Firma y cierre simultáneos

A excepción de las operaciones que involucran a empresas que operan en sectores regulados (como seguros, banca y telecomunicaciones), la firma y el cierre generalmente se llevaron a cabo simultáneamente. A diferencia de la mayoría de los otros países de la región, las solicitudes relacionadas a libre competencia no son obligatorias en sectores no regulados en Venezuela. Cuando la firma y el cierre son simultáneos, los vendedores generalmente corren el riesgo de expropiación hasta que se consuma la operación. Si la firma y el cierre no son simultáneos (por razones regulatorias o de otro tipo), entonces los compradores generalmente negocian la inclusión de cláusulas de “no existencia de actos expropiatorios” como condición de cierre y la ocurrencia de actos expropiatorios como causal de terminación.

Obligaciones

Como la firma y el cierre generalmente tuvieron lugar simultáneamente, las obligaciones previas al cierre (como el manejo del negocio) generalmente no estuvieron incluidas. En ciertas operaciones, los compradores aceptaron obligaciones posteriores al cierre relacionadas a la continuación del negocio y el trato de los empleados. Sin embargo, en general, los compradores fueron reacios a aceptar tales convenios.

Opciones de recompra

En ciertas operaciones, los vendedores negociaron una opción para volver a comprar el negocio venezolano con una prima significativa. Esta opción les permite a los vendedores volver a ingresar al mercado venezolano. Generalmente fue difícil acordar un método de valoración para calcular el precio de recompra.

Derecho aplicable y resolución de disputas

No hay restricciones bajo derecho venezolano para que la venta de las acciones de una compañía venezolana se rija por derecho extranjero. Estas operaciones generalmente se rigen por derecho venezolano, la ley de Nueva York o la ley de la jurisdicción de una de las partes.

Las partes generalmente acuerdan someter sus disputas contractuales a arbitraje con sede en ciudades fuera de Venezuela (Miami es una opción bastante común). Venezuela es parte de la Convención de Nueva York de 1958.

Desafíos posteriores al cierre

Como fue mencionado anteriormente, los vendedores generalmente proporcionaron representaciones y garantías y obligaciones de indemnización limitadas, los compradores estuvieron dispuestos aceptar pocas obligaciones y los ajustes de precios de venta fueron poco comunes. Por lo tanto, las responsabilidades contractuales de los vendedores y compradores fueron limitadas y también lo fueron los desafíos posteriores al cierre, ya que los compradores asumieron el riesgo de varios desafíos posteriores al cierre que son inherentes a un negocio en dificultades. Las pocas disputas que surgen de las operaciones tienden a resolverse a través de la negociación en lugar del arbitraje o el litigio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GALLEGOS, Raul, “Venezuela to Pay \$572 Million For Verizon’s CANTV Stake,” *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB117133163758906670>.

ITALIANI, Fulvio, OMAÑA, Carlos, “Insolvency Proceedings in Venezuela: A 19th Century Statute is Ill-Equipped to Navigate Current Times”, *Emerging Markets Restructuring Journal*, 2017, 4.

LATIN LAWYER, *Ternium and Venezuela settle over Sidor*, publicado el 8 de mayo de 2009. Disponible en: <https://latinlawyer.com/article/ternium-and-venezuela-settle-over-sidor>.

LIFSHER, Marc, SIDEL, Robin, “AES Withdraws Its Bid for Venezuela’s CANTV,” *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB1005145018782374000>.

VOGEL JR., Thomas T., “Latin Consortium Wins Control of Venezuelan Steelmaker Sidor,” *The Wall Street Journal*. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/SB882467562116854500>

DERECHO PROCESAL – ARBITRAJE

SITUACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA

*Pedro Rafael Rondón Haaz**

SUMARIO

I. Introducción. II. Antecedentes de la LOTSJ. III. Inconstitucionalidades de la LOTSJ de 2022: A. Inconstitucionalidad por el incumplimiento con los artículos 62, 70 y 211 de la Carta Magna; B. Inconstitucionalidad por la ausencia del informe sobre el impacto e incidencia presupuestaria o del informe de la dirección de asesoría económica y financiera de la asamblea nacional que impone el reglamento interior y de debates de la Asamblea Nacional; C. Inconstitucionalidad del artículo 6 y la disposición final segunda de la LOTSJ; D. Inconstitucionalidad por la restricción a la competencia de juzgamiento de la Sala Constitucional; E. Injuria contra el artículo 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; F. Agravios a los artículos 254 y 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. IV. Decisión n° 83 del 21 de marzo de 2022. V. El Tribunal Supremo de Justicia y el activismo judicial. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

En Venezuela cualquier abogado con capacidad de postulación puede ejercer el derecho de acción que dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, además, también puede disponer del derecho de acción popular que acogió el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en lo adelante LOTSJ; ambos casos en acatamiento al deber de colaboración que impone el artículo 333 *in fine* de la Carta Magna de la República Bolivariana de Venezuela, cuando hace referencia a la pérdida de vigencia de la Constitución actual, es decir, cuando ha sido derogada por medios no dispuestos en ella. Esto es parte de la denominada *tutela judicial eficaz* imbricada en un

* Magistrado emérito de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, natural de Valencia, Estado Carabobo, Doctor en Derecho con 56 años de ejercicio profesional y profesor titular jubilado de la Universidad de Carabobo, miembro colaborador de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (ACIENPOL), investigador ORCID N°0000-0002-4026-6079.

conjunto de derechos humanos que se relacionan con la realización de la *justicia* como valor y principio fundamental del ordenamiento jurídico venezolano.

Es así como, en el mismo orden de ideas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 8 y 10 reconoce el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial eficaz y al debido proceso. De la misma forma, la Constitución Nacional ya aludida en su artículo 26,¹ expresa lo siguiente:

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 repeticiones inútiles.

Ahora bien, según Nikken² la *tutela judicial* se concibe como un derecho humano y expone que los DDHH son: “(...) atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado en el deber de respetar, garantizar o satisfacer (...)”.

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos³ de 1948, en sus artículos 8 y 10, dispone lo siguiente:

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (...)

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Como podrá verse, la interrelación respecto de los diferentes argumentos que se explicarán en lo adelante pre-configuran la armazón inicial y la estructura de este importante derecho que comienza, de primeras, la cadena de inferencias sobre la inconstitucionalidad que se alude en el título de la investigación.

La nueva LOTSJ fue sancionada por la Asamblea Nacional el dieciocho (18) de enero de dos mil veintidós (2022) y promulgada el diecinueve (19) de enero

¹ República Bolivariana de Venezuela, Constitución, publicada en Gaceta Oficial No. 5453 extraordinario del 24 de Marzo del 2000.

² P. Nikken, *El concepto de derechos humanos (DDHH)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2004. Disponible en: www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/, consultado: 15 de abril 2022, hora (Venezuela): 01:11p.m.

³ Declaración universal de los derechos humanos (1948). Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, consultado: 16 de abril 2022, hora (Venezuela): 03:00p.m.

del mismo año por el ciudadano Nicolás Maduro Moros; promulgación que fue refrendada por la ciudadana Delcy Eloína Rodríguez Gómez y ministros gubernamentales.

El texto legal al que se refiere esta investigación fue publicado en la Gaceta Oficial N° 6684 Extraordinaria, en Caracas el diecinueve (19) de enero de dos mil veintidós (2022), es decir, un día después de su promulgación.

Ahora bien, para integrar el cuadro general argumentativo se esgrimirán razones fácticas, por una parte y, por la otra, razones de derecho que, complementadas, brindan de manera científica, mediante deducciones, analogías e inducciones, las conclusiones respecto a tal inconstitucionalidad.

Sin embargo, como antecedente está la completa modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,⁴ que se llevó a cabo en el año 2004, publicada en Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004, de cuyas normas se destaca el contenido del artículo 2 que dispuso lo siguiente:

El Tribunal Supremo de Justicia está compuesto y funcionará en Sala Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, así como para la Sala Plena que estará integrada por los Magistrados o Magistradas de todas las Salas señaladas.

La Sala Constitucional estará integrada por siete (7) Magistrados o Magistradas y las Salas Político-Administrativa, Casación Civil, de Casación Penal, de Casación Social y, Electoral estarán integradas por cinco (5) Magistrados o Magistradas cada una de ellas.

La Sala Plena podrá crear e instalar Salas Especiales para una de las Salas que componen el Tribunal, cuando la Sala respectiva lo solicite, y cuando se acumulen por materia cien (100) causas para ser decididas. Las Salas Especiales que se crearen funcionaran hasta que la última de las causas sea decidida. Estarán conformadas por un Magistrado o Magistrada de la Sala respectiva y por dos (2) Magistrados o Magistradas accidentales, que serán designados por la Sala Plena, con el voto conforme de sus dos terceras (2/3) partes. Los Magistrados o Magistradas Accidentales deberán reunir los mismos requisitos que se exigen para los titulares.

El quórum requerido para deliberar en Sala Plena y en cada una de las otras Salas, es por mayoría simple de los Magistrados o Magistradas que respectivamente la forman.

Para que sean válidas las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena o en cualquiera de sus Salas, se requiere el voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.

⁴ República Bolivariana de Venezuela, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial N° 37.942, del 20 de mayo de 2004.

Sobre la norma *in comento* desde el punto de vista constitucional y desde la democracia constitucional no cabe objeción alguna.

Aun así, los motivos de la modificación en el número de magistrados que integran cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia se consiguen en razones que van más allá de lo académico o que quizás puedan circunscribirse al ámbito de la Ciencia Política y más específicamente en el manejo e imposición del poder político a través de la subordinación del más alto Tribunal de la República. Es decir, las objeciones a la norma se fundan en razones de orden ético y moral que no deben dejarse pasar, sobre todo cuando entonces se amplió el número de magistrados para que la incorporación de los nuevos causara un desbalance favorable a quien lleva a cabo el nombramiento.

Posteriormente, siguiendo el hilo discursivo, en el año 2004 la Asamblea Nacional sancionó la LOTSJ, con el objeto de establecer su régimen, organización y funcionamiento.

Es necesario resaltar que, para la aprobación y sanción de dicha Ley, no obstante que es una Ley Orgánica, se consideró que no era necesaria la mayoría calificada prevista en el artículo 203 de la Constitución para la sanción de esta clase de leyes. De tal forma que esta Ley Orgánica⁵ se aprobó por la mayoría simple de los diputados.

Entre las novedades de la precitada Ley del 2004, es significativa la resaltada en opinión del Dr. Brewer Carías:⁶

(...) el artículo 18, párrafo 7° de la Ley Orgánica lo establece expresamente al indicar que el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de los asuntos que le competen, “a instancia de parte interesada”. Dicha norma de la Ley Orgánica, sin embargo, estableció una excepción general no autorizada en la Constitución, conforme a la cual, y sin tener en cuenta el principio de la reserva legal, se estableció que el Tribunal y sus Salas pueden actuar de oficio, no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica como se establecía en el artículo 82 de la Ley derogada, sino “cuando así lo amerite”; es decir a la sola discrecionalidad del Tribunal y sus Salas.

II. Antecedentes de la LOTSJ

Como instrumento jurídico, la LOTSJ tiene una historia que se remonta a la Ley Orgánica de la Corte Federal del 23 de julio de 1953. Esta Ley de 1953 formó

⁵ *Ídem.*

⁶ Allan Brewer-Carías, Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, 2004. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/958.-901.-Innovaciones-en-la-Ley-Org%C3%A1nica-del-Tribunal-Supremo-Nov.-2004-1.pdf>, consultado: 15 de abril de 2022, hora (Venezuela): 03:10 p.m.

parte de las primeras actuaciones del autoritarismo perezjimenista y, posteriormente, ya en democracia, fue aprobada la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 que permaneció en vigencia por más de veinte años, hasta su modificación cabal el 19 de mayo de 2004, sufriendo posteriormente un cambio completo el 11 de mayo de 2010 y finalmente la última en el año 2022. Sin profundizar en lo que conllevaría a un artículo aparte, se observa a simple vista que en las últimas dos décadas se ha transformado por completo la ley en tres oportunidades, mientras que de 1953 a 1976, un lapso parecido al anterior se cambió integralmente mediante dos reformas.

Entre las particularidades más importantes se halla el número de magistrados y la concepción de la denominada Corte Federal y de Casación, que proviene de la Constitución de 1881 y se prolongó más allá de 1936. Sin embargo, es importante afirmar que no ha habido en la historia de Venezuela un verdadero sistema federal de justicia; al contrario, el derrotero ha girado en torno a un sistema judicial centralizado. Lo que sí ha ocurrido como elemento ampliamente analizado por juristas a lo largo y ancho del país, es el denominado *recurso de casación*, que ha coincidido en oportunidades con una corte de casación y otra de los asuntos federales en cuanto a los órganos que lo deciden, de manera tal que ha existido por separado una alta corte que solo conoció de la casación y otra de asuntos federales. En la actualidad ha variado radicalmente el más alto nivel de jurisdicción, tratándose de un solo tribunal con diferentes salas. Se ha visto con el pasar de los años, cortes federales, cortes de casación y cortes federales y de casación.

Igualmente, con el advenimiento de la modernidad, la división en salas especializadas ocurrió con la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en las leyes posteriores a esta y luego de la Constitución de 1961.

La LOTSJ que estuvo vigente a partir del 2004, exhibió una de las peores técnicas legislativas desde la revisión proveniente de 1953, ya que los artículos que la componen, veintitrés en total, se encuentran de alguna manera apilados, intentan desarrollar temas diversos dentro de una misma norma, no se reducen a divisiones sistémicas que permitan abordar pedagógicamente su contenido: son normas que cuentan con más de 20 numerales, entre otros elementos, que denotan la ausencia de la técnica apropiada para la realización de un instrumento legal. Así, por ejemplo, el artículo 21 de la Ley de 2004 *in comento*, cuenta con más de quince párrafos en los cuales consta una gran parte de los procedimientos que la ley preceptúa, contenido y forma que, para un solo artículo, ya emprende un camino que, en sí mismo, es difícil de recorrer cuando de normas se trata.

En torno a ello, Pérez Bourbon⁷ explica lo siguiente:

⁷ Héctor Pérez Bourbon, Manual de Técnica Legislativa, 1ª ed., Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2007. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_

12. El módulo unitario de la ley, en cuanto a su contenido jurídico, es la norma.

13. El módulo unitario de la ley, en cuanto a su texto escrito, es el artículo.

14. Todas las normas deben estar contenidas en el texto de la ley y ninguna parte del texto puede ser excluida de la división en artículos, a menos que se trate de un anexo.

15. Cada artículo debe contener una sola norma y cada norma debe estar contenida íntegramente en el artículo.

Claramente cuando se observan normas como el artículo 21 de la LOTSJ de 2004 –aun cuando desde el punto de vista investigativo una cita tan larga no sea apropiada– las carencias sobre la técnica legislativa saltan a la vista, como en esta transcripción parcial:

Artículo 21. En los juicios en que sea parte la República deberá agotarse previamente el procedimiento administrativo establecido en el Título Cuarto de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y supletoriamente se aplicará lo contenido en las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta Ley. Toda persona natural o jurídica, o el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo podrá proponer ante el Tribunal Supremo de Justicia, demanda de nulidad, por ilegalidad o inconstitucionalidad de contratos, convenios o acuerdos celebrados por los organismos públicos nacionales, estatales, municipales o del Distrito Capital, cuando afecten los intereses particulares o generales, legítimos, directos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas. La Procuraduría General de la República deberá intervenir en aquellos juicios en los que, si bien la República no es parte, son afectados directa o indirectamente los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la misma. El demandante deberá consignar junto con la demanda y sus anexos una copia simple de los mismos, con el objeto de que sean agregados a la boleta de citación del Procurador General de la República. La admisión de la demanda, las pruebas y el acto de informes se tramitarán conforme al procedimiento establecido en el artículo 19 de la presente Ley. En el auto de admisión se ordenará la citación del Procurador General de la República, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Una vez que se practique la citación al Procurador General de la República, se entenderá que las partes están a derecho para los actos del proceso, salvo que exista alguna disposición del Código de Procedimiento Civil que ordene lo contrario. El Procurador General de la República podrá solicitar copia de los escritos o documentos presentados por la otra parte que, a su juicio, sean necesarios para la mejor defensa de los intereses de la República. En caso de

reconvencción, el Tribunal Supremo de Justicia podrá, a solicitud del Procurador General de la República, fijar el acto de la contestación de la misma, dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes, si aparece de los autos que la reconvencción es independiente de la causa que sirve de fundamento a la acción intentada. El Tribunal Supremo de Justicia dictará sentencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, una vez concluido el acto de informes, el cual se podrá prorrogar por una sola vez, por el mismo período, cuando la complejidad y naturaleza del asunto exija mayor término. (*Omissis*).

En una conclusión adelantada, dicho dispositivo no cuenta con el mínimo de técnica legislativa.

En otro orden de ideas, es amplio lo que hay que explanar en torno a los antecedentes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela y, aún más, sobre la organización de la justicia venezolana. Por su parte, *Transparencia Venezuela*, organización no gubernamental (ONG), en estudio publicado en su página web el 25 de enero de 2022, que lleva por título: *Venezuela sigue cayendo en el índice de percepción de la corrupción*, analiza y expone estadísticamente lo que textualmente se reproduce:

Desde 2017 Venezuela registra un descenso continuado en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC). De 18 puntos que obtuvo en ese año, para 2021 el país apenas alcanzó una calificación de 14, en una escala de 100, donde 0 es el peor desempeño o la más alta percepción de corrupción. Venezuela solo fue mejor que Somalia (13), Siria (13) y Sudán del Sur (11), las más bajas puntuaciones entre los países evaluados. Al mismo tiempo, Venezuela es el Estado percibido como el más corrupto de América, por octava vez consecutiva, según se desprende del reporte publicado hoy por Transparencia Internacional.

Esta ONG expone con claridad cuál es el estado actual del sistema de justicia venezolano, siendo la LOTSJ prueba irrefutable de ello debido a las distintas conculcaciones que su glosa regula en contra de la Constitución y el Estado de Derecho; caldo de cultivo perfecto e instrumento que materializa lo que el precitado estudio refiere, es decir, la exposición y ratificación de la ausencia de Estado de Derecho y de órganos de justicia imparciales.

III. Inconstitucionalidades de la LOTSJ de 2022

Un primer aspecto de inconstitucionalidad se concreta en la ausencia de la debida y competente iniciativa legislativa que debió impulsar el trámite correspondiente a la reforma de la LOTSJ, la que trae como consecuencia la incompetencia de quien la emitió y, esto, a su vez, provoca su inexistencia por nula.

En la *exposición de motivos* de la “propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, textualmente se lee lo siguiente:

(...) el presidente del TSJ, Dr. Maikel Moreno, propuso ante esta Asamblea Nacional la promoción de una reforma para reducir el número de magistrados a los efectos de que la composición del Tribunal Supremo de Justicia, que actualmente consta de 32 miembros, sea reducida con el fin de que pueda darse un mejor manejo de las salas.

No puede dejar de advertirse que parte de la reforma que ocurrió en 2004 tuvo que ver precisamente con el número de magistrados, que fue llevado de 20 a 32 en aquella oportunidad y que, en la actualidad, efectivamente se redujo.

Según la reproducción fiel y exacta que antecede, la iniciativa legislativa de la reforma de Ley, que desembocó en el instrumento normativo que motiva este análisis, la asumió el Dr. Maikel Moreno, quien, por añadidura, era para el momento Presidente del Tribunal Supremo de Justicia. Como puede apreciarse, dicho ciudadano no actuó por expresa autorización y aprobación de la Junta Directiva ni de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, ya que no existe prueba alguna de ello; lo que corrobora que la actuación del Dr. Moreno es de iniciativa personal y no de la Junta Directiva ni de la Sala Plena del Máximo Tribunal de la República.

De igual modo, el Tribunal Supremo de Justicia, por imperativo de su propia ley, está gobernado y funciona por sus diversas Salas, entre ellas una Sala Plena, que estará dirigida por una Junta Directiva; todo ello según los artículos 7 y 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

De manera que lo argumentado conduce a una importantísima conclusión: el proyecto de reforma de la LOTSJ y la nueva, y actual ley, tuvo como iniciativa una *conducta personal* del Dr. Maikel Moreno, y no de la Junta Directiva ni de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; lo cual es de entero conocimiento de todos los entonces magistrados de dicho alto juzgado. Es cierto que dicho individuo es el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, pero no es el Tribunal Supremo de Justicia, porque el gobierno y dirección de este órgano judicial le compete, según la Constitución y la LOTSJ vigente para aquel momento, a su Junta Directiva y a la Sala Plena; órganos estos que no interpusieron iniciativa legislativa al respecto; y eso también es de conocimiento de todos los magistrados que integraron, para el momento del trámite legislativo reformante, ese supremo órgano jurisdiccional.

Las ideas expuestas anteriormente tienen como objetivo dejar de manifiesto la violación al artículo 204, numeral 4, de la Constitución de la República, que preceptúa que la iniciativa de las leyes concernientes al Tribunal Supremo de Justicia, su organización y procedimientos judiciales compete al Tribunal Supremo de Justicia, y no a alguno de sus miembros en particular, ni siquiera por ser presidente de este. Se trata, pues, de una materia exclusiva y excluyentemente reservada al Tribunal Supremo de Justicia, en su expresión y funcionamiento orgánico, y así lo pronunció esta Sala Constitucional en fallo del 5 de mayo de 2016, número 341, expediente 16-0396, que fue fruto de PONENCIA CONJUNTA y que, por llevar a cabo interpretación constitucional, esta última

tiene efectos vinculantes según lo que dispone el artículo 335 *in fine* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; efectividad de vinculación que alcanza, no solamente a órganos jurisdiccionales sino también a otros cuerpos del estado, incluida la Asamblea Nacional; tal como se dispuso en sentencias de esa Sala Constitucional, entre otras la N° 106 del once (11) de febrero de dos mil cuatro (2004).

Lo anterior evidencia, abultada y notoriamente que, en la hipótesis de la actual LOTSJ, este texto legal padece de pecado original por causa de la usurpación de competencias en que incurrió quien personalmente introdujo el respectivo proyecto de ley y, por tanto, cuando asumió la iniciativa legislativa que subjetivamente no le competía, sino al Tribunal Supremo de Justicia.

Tal irregularidad es suficiente y cabal motivo de nulidad de la LOTSJ, por expresa aplicación de los artículos 137 y 138, en concordancia con el 204, numeral 4; todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A. Inconstitucionalidad por el incumplimiento con los artículos 62, 70 y 211 de la Carta Magna

El artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define al gobierno nacional y de todas las entidades políticas como *participativo*. En desarrollo de tan sobresaliente y necesario rasgo gubernamental, los artículos 62, 70 y 211 de nuestra ley fundamental reconocen y disponen el derecho de los ciudadanos y otros entes a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes. De acuerdo con lo expresado, el citado 211 ordena la consulta ciudadana y a funcionarios públicos durante el trámite tendente a la aprobación de proyectos de leyes.

No hay duda de que la omisión de la consulta, que prescriben las normas constitucionales invocadas, configura grave inconstitucionalidad, que niega y desdibuja el rasgo participativo que determina y ordena, esencial e imperativamente, el artículo 6 de nuestra Carta Magna, como sustancialmente definidor del estado venezolano.

En lo concerniente a la actual LOTSJ, fue notoria la ausencia de consulta y participación, y en muchísimos ambientes, incluso los del mismo Tribunal Supremo de Justicia, se delató críticamente el secretismo que arrojó al proyecto y al trámite.

B. Inconstitucionalidad por la ausencia del informe sobre el impacto e incidencia presupuestaria o del informe de la dirección de asesoría económica y financiera de la asamblea nacional que impone el reglamento interior y de debates de la Asamblea Nacional

En sentencia N° 269 de la Sala Constitucional del 21 de abril de 2016 se dispuso que tales informes, uno u otro en acatamiento a los artículos 103 y 104 del mentado Reglamento, deben acompañar a todo proyecto de ley y que sin ellos

no puede ser discutido, ni siquiera en primera discusión ya que esta solo tendrá lugar luego de la incorporación del proyecto de ley al sistema automatizado, lo que únicamente ocurrirá si el texto cumplió con dicho artículo 103 que impone el informe de impacto económico; pero en el caso que nos ocupa, en la *exposición de motivos*, con absoluta ausencia de técnica al respecto, se afirmó: “el presente proyecto no representa para el país ningún tipo de impacto económico, de tal manera que no influirá en el presupuesto financiero de la nación”. El atropello técnico que concretó lo anterior queda evidente si se tiene en cuenta que la remoción que impone la nueva y vigente ley generará la cesación laboral del personal de los respectivos despachos a desaparecer, con los costos correspondientes, y, además, ha lugar al planteamiento de si los magistrados salientes de manera abortiva tendrán derecho al resarcimiento del daño que les cause su retiro, salida y desaparición prematura, incluidos los sueldos y demás créditos que dejarán de percibir. Téngase en cuenta que la cita es de la exposición de motivos, que proviene de quien impulsó la elaboración legislativa y que el estudio o informe de marras jamás fue presentado. Dicho requisito también se exigió y su omisión fue causante motivante de la nulidad parcial de la Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados, según veredicto que expidió esa Sala Constitucional en el fallo que aparece citado y precisado en el encabezamiento de esta letra C, con fundamento en y por expresa aplicación de los artículos 103 y 104 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional publicado en la Gaceta Oficial 42064 del 8 de febrero de 2021.

Como podrá apreciarse las delaciones que antecedieron afectan de nulidad la totalidad de la ley reformante aprobada, nulidad integral que fue demandada; pero, además, hay situaciones particulares que merecen ser puestas de relieve por sus abultadas contradicciones constitucionales, generadoras de nulidades parciales. Ellas, entre otras, son las siguientes:

C. Inconstitucionalidad del artículo 6 y la disposición final segunda de la LOTSJ

En efecto, el artículo 6 de la cuestionada LOTSJ precisa que, ahora y desde su vigencia, la Sala Constitucional estará compuesta por cinco (5) magistrados, y las demás Salas por tres (3) integrantes. Esa norma impone una reducción del entonces total de treinta y dos conformantes a veinte.

Además, con y como propósito instrumental de la disminución, se sancionó una *disposición final segunda* que ordena la inmediata designación de los veinte magistrados que, según reforma, deben integrar la nueva composición cuantitativa del Tribunal Supremo de Justicia. En una *traducción del castellano al castellano*, los dos dispositivos legales *in comento* prescribieron lo siguiente: a) El retiro, salida y desaparición de todos los anteriores integrantes, lo que realmente consuma una remoción de los entonces treinta y dos magistrados, dispositivo normativo que entró en franca contradicción con el artículo 265 constitucional, que solo permite tal proceder por causa de faltas graves previamente calificadas

por el Poder Ciudadano; y b) la reducción por vía “legal” del lapso de doce años, que es la duración del periodo de los magistrados que preceptúa el artículo 264 constitucional; norma que resulta descaradamente injuriada por las dos reglas legales invocadas, esto es, mediante un instrumento de menor jerarquía como lo es la ley misma.

Por otra parte, la segunda disposición final prescribe que los treinta y dos magistrados que no hubieran concluido su periodo podrían volverse a proponer para un nuevo nombramiento, lo que permitirá una burda contradicción con el artículo 264 constitucional, ya que los repetidamente escogidos permanecerán en sus cargos más de doce (12) años, mediante una elección adicional que, sin duda alguna, excede a la única constitucionalmente dispuesta. En conexión con lo precedente, el 17 de febrero de 2022, a través de su página web la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reiteró, entre otras cosas, que:

(...) la reelección representa un factor de fragilidad para la independencia judicial, dado que una persona operadora de justicia que pretenda ser reelegida corre el riesgo de comportarse de tal modo que obtenga el apoyo de la autoridad encargada de tal decisión, o de que su comportamiento se perciba de este modo por los justiciables. De otra parte, a criterio de la CIDH, aumentar el número de personas diputadas en el comité de postulaciones tiende a profundizar la crisis institucional debido a que las elecciones parlamentarias de 2020 no gozaron de condiciones mínimas para ser consideradas libres o justas. (...)⁸.

Al respecto cabe tener presentes los artículos constitucionales que imponen la supremacía normativa constitucional, su función fundante del ordenamiento jurídico y la preceptiva subordinación de todos a todas sus reglas; el 333 que ordena el deber de todos de colaborar con el restablecimiento de la efectiva vigencia constitucional; el 334 que obliga a todos los jueces a asegurar la integridad de la Constitución y a hacer prevalecer las reglas de esta sobre cualquiera otra norma jurídica; y el 335 que atribuye al Tribunal Supremo de Justicia la función garantizadora de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

⁸ CIDH, “La CIDH expresa preocupación por la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”, pronunciamiento publicado el 17 de febrero 2022. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/034.asp>, consultado: 20 de junio de 2022, hora (Venezuela): 01:00p.m.

Es el caso que el 21 de marzo de 2022, el Tribunal Supremo de Justicia emitió sentencia contra demanda de amparo incoada en contra del mismo texto legal, identificada con el No. 083⁹ en la cual esgrime los siguientes criterios:

(...) En consecuencia, en el caso de que el Constituyente no haya estipulado expresamente la integración de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (lo cual ocurre con el texto de 1999), el legislador debe acudir a una ‘*rational basis*’ para suplirlo o desarrollarlo, lo que es lo mismo, debe realizar ‘un fundamento razonable. Es decir, un fundamento o motivo que razonablemente cabe atribuir a una ley’.

Para ello debemos recurrir a la razón jurídica, que si no se encuentra en el Derecho positivo (en este caso, en la Constitución) –*ratio legis*–, debemos buscarla en los principios generales del ordenamiento vigente –*ratio iuris*–.

De tal manera que, en la materia, el legislador debe ser razonable, es decir, ajustado a la razón, moderado y racional, sin exageración ni abuso.

El legislador de 2004 aplicó una solución razonable, conforme con la experiencia vivida entre los años 2000 y 2004, en cuanto a los requerimientos que la población hacía de los servicios del Tribunal Supremo de Justicia; e incrementó moderadamente y de manera igualitaria entre las Salas, el número de magistrados (...).

Resulta inverosímil la afirmación de la Sala, que nada dijo sobre la reducción numérica, pues se trató del ejercicio discrecional del criterio del juzgador sin más base que la voluntad carente de razón, acomodada a la situación de hecho que surja, lo que convierte en abierta arbitrariedad el acto de juzgar tal como queda expuesto.

D. Inconstitucionalidad por la restricción a la competencia de juzgamiento de la Sala Constitucional

Al artículo 25 de la LOTSJ se incorporó un párrafo restrictivo de la competencia de la Sala Constitucional, pero de ninguna otra Sala, en lo que tiene que ver con la interpretación de textos legales. En efecto, se le limita y contiene a dicho órgano jurisdiccional su poder interpretativo, ya que ahora el mismo no abarca la modificación del contenido de las leyes. Lo anterior significa, en términos de resultados, la desaparición de la llamada jurisdicción normativa y, sin la asunción de su defensa, se trata de figura existente en Venezuela, con virtudes y defectos, desde hace más de dos décadas y sobre la cual se ha discurrido abundantemente, pero llama más la atención que la regla que se refirió solo se contrae a la Sala Constitucional, y que guarda sospechoso silencio en relación con

⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela), sentencia N° 83 del 21 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/21-09-16-Sentencia-No-810-Constitucionalidad-Tercer-Estado-de-Excepcion.pdf>, consultado: 18 de junio 2022, hora (Venezuela): 01:00p.m.

las “modificaciones” legales que pronuncien otras Salas, tal como ha sucedido copiosa e indiscutidamente con la Sala de Casación Civil. Es el caso de la alteración de normas como las relativas a los trámites correspondientes al recurso de casación, los efectos de este, sus consecuencias y la conversión de la Sala de Casación Civil en un Tribunal de Instancia.

La norma reformante dispone que, en caso de que la Sala Constitucional incurra en la “modificación” legal, deberá referir el fallo a la Asamblea Nacional para que en “uso” de sus facultades constitucionales, realice las reformas a que hubiere lugar, lo que simula, pero materializa, una conculcación de la competencia exegética que atribuye el artículo 25, numeral 17, de la misma LOTSJ.

En el mismo orden de ideas, la disposición del parágrafo comentado del artículo 25 del citado instrumento legal, plantea serias dudas e interrogantes, a saber: ¿qué ocurrirá si la Asamblea Nacional no modifica la ley supuestamente modificada? ¿La sentencia respectiva conservará su valor y eficacia? ¿Habrá que esperar si la Asamblea Nacional acepta o no la reforma? ¿Está la Asamblea Nacional de la República obligada a legislar?

Por otra parte, la regulación que se comenta parece resolver en contra de lo que dispone el artículo 3 de la LOTSJ, según el cual contra las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia no se oirá ni admitirá acción ni recurso alguno; contradicción que en todo caso debe resolverse a favor de la aplicación del precepto especial por cuanto se estaría violando el principio de cosa juzgada recogido en el artículo 49 de la Carta Magna.

En sintonía con la observación precedente, el profesor Jesús María Casal afirmó que la regla del artículo 25 no corresponde al esquema constitucional de *control de constitucionalidad de las leyes*, mediante el cual la Sala Constitucional puede dictar sentencias interpretativas sobre el contenido de las normas y esta competencia no puede estar supeditada a lo que diga el Parlamento que es el órgano controlado.¹⁰

E. Injuria contra el artículo 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

La norma invocada dispuso el Comité de Postulaciones Judiciales para la selección de candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y para la elección de los jueces con competencia disciplinaria. Además, se ordena que el órgano mentado esté integrado por representantes de los diferentes sectores de la

¹⁰ Jesús María Casal, “No puede haber reforma judicial sin independencia del TSJ”, *El Ucabista* (portal web), publicación del 09 de febrero de 2022, redacción de Albany Díaz. Disponible en: <https://elucabista.com/2022/02/09/jesus-maria-casal-no-puede-haber-reforma-judicial-sin-independencia-del-tsj/>, consultado: 21 de junio de 2022, hora (Venezuela): 12:10 a.m.

sociedad y expresamente se proclama que este Comité es un órgano asesor solamente del Poder Judicial y no de algún otro, incluido el legislativo y el ciudadano.

A pesar de tan abundante nitidez constitucional, la LOTSJ, en su artículo 65 preceptúa su composición con la presencia de once diputados y diez personas más que seleccionarán “los otros sectores de la sociedad”, con lo que el número anterior de once se incrementó en diez, para un total de veintiuno. Al respecto la respetable y suficientemente autorizada Academia de Ciencias Políticas y Sociales¹¹ (ACIENPOL) se ha pronunciado en los términos que siguen:

4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución, el Comité de Postulaciones Judiciales como medio de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, y especialmente en la elección de los magistrados(as) del Tribunal Supremo de Justicia, está integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley, y por tanto, no puede tener como integrantes a diputados. Es decir, el Comité de Postulaciones Judiciales no es un órgano interno ni de la Asamblea Nacional, ni del Poder Ciudadano.

No obstante, la clara disposición constitucional, la reforma de los artículos 65 y 69 de la LOTSJ modifican la correlación de miembros del Comité de Postulaciones Judiciales, a favor de diputados en detrimento de la sociedad civil, pasando ésta de un 54,54% a un 47,61%. Asimismo, se establece como quórum de constitución una mayoría absoluta y como quórum de deliberación una mayoría simple, todo en favor del control político del poder judicial por la mayoría parlamentaria establecida en el artículo 65.

5. (*Omissis*) De conformidad con el artículo 270, como se dijo, el Comité de Postulaciones Judiciales no puede tener como integrantes a diputados. Esto en definitiva desnaturaliza y politiza al Comité; y además configura una usurpación de funciones constitucionales ya que, al incorporar diputados al Comité de Postulaciones, al cual le corresponde sólo seleccionar la lista de los candidatos(as) para el cargo, luego esos mismos diputados se incorporan a la Asamblea Nacional para elegir los Magistrados(as) de esa misma lista. (...).

A las observaciones de la ACIENPOL debe añadirse que, en un Comité de Postulaciones Judiciales de 21 integrantes, de los cuales once serán diputados y por ello mayoría, en el que las decisiones, según el artículo 68 de la LOTSJ, se tomarán con el voto favorable de la mayoría de los presentes, los conformantes

¹¹ Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Pronunciamiento sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, Caracas, 2022. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia>, consultado: 18 de abril de 2022, hora (Venezuela): 01:00p.m.

no diputados postulados por otros sectores de la sociedad civil carecerán de peso y fuerza en lo que tenga que ver con la preselección de candidatos a magistrados. En cambio, la Asamblea Nacional, a través de sus diputados miembros, tendrá todo el poder para esa previa escogencia.

Séparse que los once (11) diputados de marras tendrán el encargo del trámite para la selección de los demás conformantes del Comité de Postulaciones que sean propuestos por los otros sectores de la sociedad.

Debe tenerse en cuenta que según la LOTSJ actual y lo ya explicado, la Asamblea Nacional decidirá la composición del Comité de Postulaciones y la elección misma de los magistrados, con la circunstancia de que los diputados participantes en el Comité de Postulaciones opinarán y votarán en la preselección de candidatos a magistrados y en la elección misma de estos últimos, situación que indiscutidamente conforma un adelantamiento y anticipo de opinión, jurídicamente censurado.

Finalmente, es relevante que, de acuerdo con el artículo 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Comité de Postulaciones es órgano asesor del Poder Judicial y que la vigente y nueva LOTSJ, en su artículo 64, afirma la función asesora del mentado Comité, pero calla el órgano asesorado y en un sospechoso final normativo de la regla mencionada dispone que la Asamblea Nacional será la sede del Comité de Postulaciones, sin que haya motivación ni se pueda explicar razón valedera para ello.

En cambio, estalla con fuerza de evidencia y lucidez que la sede del Comité ha de ser la del Poder Judicial, por ser su órgano para asesorar.

F. Agravios a los artículos 254 y 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

El primero de esos preceptos proclama la independencia y la autonomía del Tribunal Supremo de Justicia y el segundo atribuye al máximo órgano jurisdiccional la dirección, el gobierno y vigilancia de los Tribunales de la República y las Defensorías Públicas, y la creación de una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.

La debida concordancia de ambas reglas lleva a la conclusión de que al Tribunal Supremo de Justicia compete la elección y designación del funcionariado correspondiente a la operatividad de las referidas Dirección y Defensorías, en cabal tributo a la autonomía e independencia del Máximo Tribunal de la República como director, gobernante y administrador del Poder Judicial, Tribunales de la República y Defensorías Públicas.

A pesar de tan sencilla y fácil conclusión, la actual LOTSJ, en sus artículos 81 y 83, dispone inconstitucionalmente que el Inspector General de Tribunales y el Director de la Escuela Nacional de la Magistratura serán designados por la Asamblea Nacional, con apego al mismo trámite para la escogencia de

magistrados; muy contradictoriamente, además, con lo que proclama el artículo 8 de la LOTSJ, según el cual el mentado Inspector, la Inspectoría General de la Defensa Pública y Escuela Nacional de la Magistratura son órganos dependientes jerárquica, organizativa y funcionalmente de la Sala Plena.

Las delaciones, alegatos y argumentos que se han explanado en este escrito y las noticias aparecidas en medios de comunicación ponen de manera notoria y manifiesta el hasta hoy oculto, pero ahora confesado perverso propósito y finalidad de la reforma legislativa y su resultante de ley que mueve a estas líneas y reflexiones. En efecto, uno de los diputados, líder de las filas oficialistas, declaró que se había aumentado la membresía del Comité de Postulaciones Judiciales porque la Asamblea Nacional no podría perder la rectoría del trámite. Esto complementa declaraciones de un militar juristoide que públicamente expresó que la reducción a veinte magistrados hacía más fácil su control.

Los textos legales aprobados con la reforma de la LOTSJ, parcialmente examinados en este escrito, junto con lo que se ha explicado, descubren que el propósito de la reforma legislativa de referencia no es otro que el control del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, en desconocimiento de su autonomía e independencia, al igual que de la constitucional separación de los Poderes Públicos; y es que al grupo dominante en lo político gubernamental no le basta con la subordinación de casi todos los órganos del Estado, sino que aspira un control omnímodo del Máximo Tribunal de la República.

Como puede apreciarse en la narrativa de este trabajo, se explanan, por una parte, los elementos de inconstitucionalidad que afectan la totalidad de la LOTSJ y, por otra, aquellos que afectan normas particulares señaladas en los artículos 6, 25, 65, 68, 64, 81 y 83 de la LOTSJ. El propósito de esta investigación es poner de relieve tal inconstitucionalidad, total o parcial, mediante elementos científicos, aun cuando ya el Tribunal Supremo de Justicia, mediante juzgamiento declaró la improcedencia de una demanda de inconstitucionalidad que se intentó contra ella. Además, existen las nulidades parciales que correspondan, conforme a derecho, particularmente de la totalidad de los artículos 6, 25, 65, 68, 64, 81 y 83 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

IV. Decisión n° 83 del 21 de marzo de 2022

Los vicios e inconstitucionalidades explicadas en el numeral II de esta investigación fueron objeto de una demanda incoada ante el Tribunal Supremo de Justicia mediante el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad, cuyo resultado fue por completo negativo, aun cuando los vicios, incompatibilidades y

males, son claros, protuberantes y evidentes, tal como quien suscribe explanó en columna publicada por *El Nacional* el 24 de abril de 2022.¹²

Lo importante es, en todo caso, que la investigación refleje los elementos de la decisión que con mayor claridad amplifican el error que repite el Estado venezolano, ya no solo con la emisión de una ley con severas irregularidades respecto a la Constitución Nacional, sino también concretar constancia de que el órgano de justicia encargado de defender la Carta Magna erró complacientemente al considerar su conformidad.

Lo que inicialmente salta a la vista en el instrumento que ahora se examina y es de vieja data, resulta de la *declaratoria de mero derecho*, sobre la cual vale la pena algunas reflexiones. El primer vicio es la afirmación de que el asunto sobre el cual se decidió fue declarado por la Sala Constitucional como “de mero derecho”, por lo que pasó a pronunciarse sobre su procedencia, sin necesidad de continuar la tramitación de su procedimiento; aserto que se lee y encuentra, nítidamente, con cabal ausencia de pronunciamiento de la norma legal fundante de la referida declaración. Es bien sabido que la figura de la calificación de mero derecho está regulada en el artículo 389, ordinal 1°, del Código de Procedimiento Civil, en lo adelante CPC, que este código en total conformidad con el artículo 98 de la LOTSJ, es “norma supletoria de los procesos que cursen ante el Tribunal Supremo de Justicia”; y, es el caso, que la regla y el ordinal precitados disponen que tal declaratoria debe aparecer tanto de la demanda como de la contestación que se le dé; así que, si bien esta última actividad no es exactamente igual a la que puede ocurrir en el juicio ordinario, la contestación tiene su correspondiente símil en la dinámica que prescribe el artículo 139 de la LOTSJ. De manera que, para el legislador adjetivo, la declaratoria de mero derecho ha de ser resultante de la contradicción entre demanda y contestación, lo que forzosamente obliga a cumplir con el trámite que arribe y permita la contraposición que se refiere; fase procedimental que la decisión *in comento* frustró con la omisión de todo trámite. También, en relación con esto último, la declaración de mero derecho, según la invocada norma 389 del Código de Procedimiento Civil, no impide la debida secuencia de la ruta procesal correspondiente y lo único que se suprime es el respectivo lapso probatorio, mas no el resto del procedimiento, como muy contradictoriamente a derecho lo ha resuelto la Sala Constitucional, según la regulación que dispone el ya mencionado artículo 389 del CPC.

En resumen, toda vez que fueron señaladas situaciones de hecho en la demanda, la Sala Constitucional, en cumplimiento con el ordenamiento jurídico venezolano, debió brindar el trato probatorio mínimo, pues el Estado defiende la constitucionalidad de todas las normas de la Ley Orgánica aun cuando, como se ha explicado, la realidad es completamente diferente.

¹² Pedro Rafael Rondón Haaz, “A la sala constitucional”, *El Nacional*, 2022. Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/a-la-sala-constitucional/>, consultado: 24 de abril de 2022, hora (Venezuela): 01:20p.m.

La falta de sustanciación de un proceso contradictorio provocada por la declaratoria de mero derecho además viola el contenido del artículo 49 de la Constitución, pues los hechos señalados en la acción son tratados de manera arbitraria por el juzgador e impiden una adecuada defensa, además de conculcar el debido proceso, ya que las situaciones fácticas en cualquier clase de proceso requieren de actividad probatoria.

Sobre este punto, destaca la opinión de Montero y Salazar,¹³ refiriéndose a la sentencia del caso “Apitz Barbera vs Venezuela”, ya que expresa que:

(...) El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas (...).

Con el fin de abundar en la inconstitucionalidad señalada, ahora no de la LOTSJ, sino del juzgamiento 083, debe agregarse, por otra parte, que, sin duda alguna, la demanda que sustenta la inconstitucionalidad de la LOTSJ, sí versó sobre asuntos de hecho. En ella se alegó, entre otras cosas, la ausencia de iniciativa legislativa para la promoción de la reforma de la LOTSJ, con base en que el Dr. Maikel Moreno no actuó por expresa autorización y aprobación de la Junta Directiva y mucho menos de la Sala Plena. Se trató de un alegato fáctico que de manera inexplicable no fue tratado como un hecho por la Sala Constitucional, punto que de forma unánime se “resolvió” inconclusamente con total ausencia de motivación. De la misma manera se alegó la ausencia de la consulta que disponen los artículos 67, 70 y 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que constituye evidentemente una situación fáctica por la negación de hechos.

En el mismo sentido, pero ahora en relación con ella, la Sala Constitucional afirmó que el proyecto de ley “fue sometido a consulta popular, a lo que fueron invitados a participar los distintos magistrados y magistradas de este Alto Tribunal, siendo pública y notoria su participación”. De lo textual copiado se lee que la delación que se refirió fue objeto de prueba mediante el conocido hecho notorio, que se emplea para la demostración de situaciones fácticas. Además, cabe la pregunta de, si el hecho notorio es medio de prueba, cuándo hubo la oportunidad para su control y contradicción.

¹³ Diana Montero y Alonso Salazar, “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>, consultado: 20 de junio 2022, hora (Venezuela): 02:05p.m.

Lo cierto es que lo que se observa evidencia la tropelía que consumó la Sala Constitucional con la declaratoria de mero derecho, además de la *falacia ad ignorantiam*¹⁴ que cometió con su inmotivación.

Por otra parte, pero siempre relacionado con la necesidad de la existencia de contradictorio por los hechos alegados, puede verse la ausencia del informe económico sobre el impacto e incidencia presupuestaria o del informe de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional que impone el Reglamento Interior y de Debates de ese órgano legislativo; alegato indudablemente de hecho. Sin embargo, la Sala Constitucional consideró evidente y suficiente el cumplimiento con tal informe mediante la afirmación en el respectivo proyecto de ley de que este “no representa para el país ningún tipo de impacto económico, de tal manera que no influirá en el presupuesto financiero de la nación”. Además, la Sala actuante afirmó que “no se advierte del texto legal la necesidad de incurrir en gastos extraordinarios para su implementación”. De lo que precede es fácil concluir que, según la Sala Constitucional, el Dr. Maikel Moreno es funcionario de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional y, además, técnico y experto en materia económica y financiera, y que la Sala Constitucional, mas no el Reglamento que se nombró, exige el informe económico solo cuando deba incurrirse en gastos extraordinarios para la ejecución de un proyecto de ley; aspecto este del que, en el caso concreto, la decisión no dio motivación alguna al respecto sino su simple y sola afirmación, ni tampoco lo preceptúa el Reglamento que se invocó. De modo que, según la decisora, la ausencia del informe que se denunció carece de efecto invalidante por lo que dice el proyecto de ley, con lo que la Sala Constitucional pronunció una *falacia de autoridad* ya que, según ella, es verdad o válido porque lo dice el mismo proyecto de ley. Por otra parte, vale preguntarse ¿cómo se determina que un Estado debe tener más o menos magistrados? En la mayoría de los casos los diferentes Estados utilizan criterios sustentados en hechos científicos, la mayoría relacionados con el tamaño poblacional y densidad, lo que en todo caso no figura como criterio para modificar la composición numérica del Tribunal Supremo de Justicia, ni la más reciente, ni la que se dio en 2004.

Adicionalmente, la Sala Constitucional, en actitud que se fundamentó en la abultada confianza de que sus líneas, por desprecio, no serán completa y racionalmente leídas, con total impertinencia y sin para qué, echó mano al *acoso y bloqueo* con un texto que nada tiene que ver con el o los *thema decidendum*,

¹⁴ Argumento *ad ignorantiam* o *argumentum ad ignorantiam*, una falacia informal que consiste en defender una proposición, argumentando que no existe prueba de lo contrario, es decir, se asume que algo es verdad porque no se puede probar.

incurriendo en una clara *falacia post hoc ergo propter hoc*¹⁵. Ello consta en el fragmento que fielmente se reproduce:

Con respecto a la denuncia referida a la presunta infracción del artículo 265 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala observa que el mencionado precepto constitucional está referido al procedimiento a seguir para la remoción de los magistrados o magistradas, en los casos de faltas graves, que en nada guarda relación con el proceso de reestructuración que se inicia con la reforma de la ley que regula este Alto Tribunal producto de circunstancias sobrevenidas, no previstas por el constituyente originario de 1999.

Nos referimos concretamente a la situación internacional de acoso y bloqueo con fines de aislamiento y caotización institucional a la cual ha sido sometido unilateralmente el Estado por una serie de países y organizaciones internacionales que conforman el Bloque Atlántico, hecho este que la Sala ha venido reconociendo en su jurisprudencia desde el año 2016. (Vid. Sentencias N° 517 del 19/12/2019 y 274 30/12/2020). No podía el constituyente de 1999, prever este escenario geopolítico conflictual que han afectado directamente el funcionamiento del Estado de Derecho y el Bienestar Común de la ciudadanía, a este evento no escapa el Sistema de Justicia. De allí que, los altos organismos estratégicos del Estado venezolano hayan diseñado políticas generales que se adecúan a las circunstancias que se enfrentan coyunturalmente en el modelo de gestión pública, en especial del Sistema de Justicia y que proyectan una nueva etapa de transformación y reinstitucionalización del Estado, con estricta sujeción al modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

De lo que se trata, es de responder excepcionalmente ante eventos sobrevenidos a los tiempos constituyentes originarios. Esta Sala Constitucional aspira contribuir con la paz social en estrecho intercambio con las expectativas de la participación popular. (...).

Al final, sin que nadie lo hubiera pedido, la Sala Constitucional, de manera insólita *declaró la constitucionalidad de la LOTSJ* para evitar –se entiende que en lo porvenir– “el conocimiento excesivo de demandas de nulidad que se puedan intentar sobre este texto legal (LOTSJ)”; lo que significa que queda abolida toda posibilidad de demanda de nulidad, por inconstitucionalidad, de la ley de referencia. ¡Algo único, jurisféricamente hablando, por monstruoso! Se trató de un juzgamiento futuro que dispuso una adicional hipótesis de inadmisibilidad.

Finalmente, en cuanto a otro aspecto que desarrolló la decisión 083, específicamente el de la colaboración de poderes, la misma expresó “que el mismo

¹⁵ Falacia (causa falsa) en la que se asume que, si un acontecimiento sucede después de otro, el segundo es consecuencia del primero, a falta de más pruebas que indiquen que eso es un hecho.

no propugna actualmente una independencia operacional sino una distribución organizacional del Estado donde cada rama del Poder Público comparte el ejercicio de las funciones esenciales, tal como ocurre en materia normativa con el Poder Ejecutivo”, ya que “puede dictar actos con rango y fuerza de ley”. Lo que olvidan los suscritores del acto que se analiza es que puede ocurrir, por expresas competencias constitucionales, con lo que desarrollarían aquello de que los órganos del Estado solamente pueden ejercer lo que les esté expresa y competencialmente atribuido. El aforismo jurídico reza “la incompetencia es la regla, la competencia es la excepción” y por ello el órgano sólo puede hacer aquello que le está permitido en la norma atributiva de competencia según lo establece la Constitución vigente en los artículos 136 y siguientes donde figura el principio de legalidad. Pero, tal situación de atribución no está dispuesta en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que respecta al nombramiento del Comité de Postulaciones, del Director de la DEM, del Director de la Escuela de la Magistratura y del Inspector General de Tribunales.

Para culminar, lejos de la colaboración de poderes en la sociedad actual, no solamente en Venezuela, sino en todo el mundo, es necesario restituir la máxima del poder limitado y separado, lo que garantiza pulcritud, honestidad, democracia y un ambiente político alejado del autoritarismo y el despotismo. Loewestein¹⁶ expresa lo siguiente:

Con el fin de evitar ese peligro siempre presente, que es inmanente a todo poder, el Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios del poder sea restringido y limitado. Siendo la naturaleza humana como es, no es de esperar que dichas limitaciones actúen automáticamente, sino que deberán ser introducidas en el proceso del poder desde fuera. Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo.

Lo expuesto en este texto, llevado a cabo tanto por la Asamblea Nacional como por el Tribunal Supremo de Justicia, justamente, apunta en la dirección contraria a la señalada en la cita anterior.

Son muchos los errores e inconstitucionalidades que se observan en la decisión 83; sin embargo, en aras de que este texto posea un final apropiado y pueda ser procesado con la ponderación científica que se requiere, se dejan para un artículo de mayor proporción, pues los hechos aquí descritos forman parte de una cadena que tiene como eje fundamental la existencia del autoritarismo en Venezuela; esta patología de naturaleza político-constitucional debe ser expuesta con el fin de encontrar remedios que como sociedad nos devuelvan al cauce del derecho y la justicia.

¹⁶ Karl Loewestein *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel. Madrid, España, 1970, p. 47.

Como conclusión sobre este punto, se puede afirmar que:

- 1) La decisión carece de motivación y, por ello, de autosuficiencia. Buena parte de ello es un vulgar *corte y pega*,¹⁷ como ya lo explicó el académico Ramón Escovar León en su solvente y habitual artículo de prensa.
- 2) La decisión no es sentencia en los términos de los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, porque buena parte de ella es inmotivada, carente de fundamentación normativa en sus decisiones e indiscutiblemente contradictoria.
- 3) El dislate que consuma la decisión –que no sentencia– coloca a dicho acto en el mundo de lo jurídico salvaje, como alguien dijo, más que por su antijuridicidad, por su ajuridicidad; con la confianza de quienes la emitieron en que nada pasa ni pasará, con base en la mácula de impunidad que invadió y exhibe la *justicia venezolana*.
- 4) En el *mejor de los casos* los magistrados que suscribieron el acto decisorio de la ponente no lo leyeron con el debido reposo y serenidad; pero si lo hicieron evidencian una cabal ausencia de conocimientos jurídicos para el ejercicio responsable del alto cargo que ocupan e incurrir en ignorancia supina; situaciones graves que demeritaron la presencia de ellos en el máximo Tribunal de la República.

V. El Tribunal Supremo de Justicia y el activismo judicial

Podría considerarse, en un momento determinado, que las inconstitucionalidades que se han mencionado, en contraste con la armazón y la arquitectura jurídica que venían trayendo las diferentes leyes del Tribunal Supremo de Justicia, presentan un contraste innegable, cuya dirección y objetivos hasta ahora no se hacen evidentes para el investigador. Lo que sí queda claro es que su estructura se ha modificado en un sentido, inicialmente y, luego, en contra sentido; además, ha ocurrido sin justificación alguna con la anuencia de este Tribunal Supremo de Justicia en distintas oportunidades, lo cual sí procura un elemento sobre el cual se pueden hacer algunas observaciones. Por ejemplo, en cuanto al denominado *recurso de revisión*, la sentencia 952 de la Sala Constitucional, del 20 de agosto de 2010, determinó lo siguiente:

Ahora bien, la novísima LOTSJ, publicada en la Gaceta Oficial N°5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010, recogió el anterior criterio jurisprudencial, al disponer en el artículo 25, numerales 10,11 y 12, lo siguiente:

¹⁷ Ramón Escovar León, “La sentencia N° 83 de la Sala Constitucional”, El Nacional, 29 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/la-sentencia-n-83-de-la-sala-constitucional/>, consultado: 02 de abril de 2022, hora (Venezuela): 02:30p.m.

Artículo 25.- Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(*omissis*)

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

11. Revisar las sentencias dictada por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala en numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales.

12. Revisar las sentencias definitivamente firmes en las que se hayan ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Sala del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Sobre la normatividad del recurso de revisión han surgido diversas discusiones doctrinales, pues se afirma que el mismo ha emanado de la interpretación de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia termina con el planteamiento, cuando lo consagra literalmente en uno de sus artículos. Sin embargo, el argumento judicial de la Sala Constitucional, hasta el surgimiento de la ley *in comento*, era que la Sala en sentencia N°93 del 6 de febrero de 2001, denominada: caso Corpoturismo,¹⁸ estableció con carácter vinculante el alcance que tenía respecto a su potestad para la revisión de sentencias, que le fue atribuida constitucionalmente, e indicó que procede la misma contra:

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

¹⁸ *Ídem.*

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”.

En otro orden de ideas, de acuerdo con la opinión de Laise¹⁹, el *activismo judicial* puede ser definido de la siguiente manera:

El concepto de activismo judicial presenta no pocas dificultades al momento de su caracterización. Sin embargo, resulta imposible enfrentar el reto de discutir méritos o defectos del activismo judicial sin antes ofrecer una definición de este (Anand, 2006: 87; Canon, 1982: 237; Atienza, 2019: 39). La noción más amplia de activismo judicial refiere a la intervención de un tribunal orientada a invalidar una norma de carácter general debidamente promulgada, pero sobre la base de las propias consideraciones morales del juez o tribunal (Jones, 2001: 143; Kmiec, 2004: 1463; Sowell, 1989: 2). Esto naturalmente ha sido objetado porque implicaría que el Poder Judicial invade las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo (Swygert, 1982: 439).

Con el engranaje de las ideas expresadas es como puede conseguirse la *ratio* de la modificación de la Ley que regula al Máximo Tribunal de la República. Su modificación lleva consigo cambios en los procesos, en las personas de los magistrados y, con ello, en la tendencia que cada uno personalmente posee sobre determinados aspectos del universo judicial, con lo cual se puede afirmar que, si se piensa en determinados magistrados de otras altas cortes como, por ejemplo, William Rehnquist, Antonin Scalia o Clarence Thomas de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no será muy difícil saber si tienen o no opiniones conservadoras o no tan conservadoras, favorables o no, para con determinadas posturas.

En Venezuela inicialmente se amplió el total de magistrados cuando en 2004 se modificó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pero con la reciente reforma de 2022 se redujo nuevamente ese número, con lo cual los equilibrios respecto a las decisiones se modificaron. Evidentemente que la modificación que

¹⁹ L. D Laise, “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), pp. 147-173. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>, consultado: 20 de junio 2022, hora (Venezuela): 03:00p.m.

no tocó aspectos medulares del sistema de justicia apunta a ese elemento de cambio de mayoría mediante las tendencias de los magistrados, lo que se tradujo consecucionalmente en la conversión del Tribunal Supremo de Justicia en una corte que busque llevar a cabo activismo judicial.

Igualmente, de manera inexplicable, aun cuando no está previsto de esa manera, repiten en sus cargos una determinada cantidad de magistrados, pero aquellos que entran como nuevos igual tienen un pensamiento y una tendencia que no será difícil de prever para los meses y decisiones por venir.

Por ahora, han declarado constitucional la reforma de la LOTSJ, pero para nadie es un secreto que las colisiones de ese texto con la Carta Magna saltan a la vista y, así ese hecho que pertenece al campo de la verdad se imponga por vía procesal, la fuerza de la naturaleza hará valer lo que ciertamente así lo sea.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Pronunciamento sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia>, consultado: 03 de junio de 2022, hora (Venezuela): 01:00p.m.

BREWER CARÍAS, Allan, “Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004”. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/958.-901.-Innovaciones-en-la-Ley-Org%C3%A1nica-del-Tribunal-Supremo-Nov.-2004-1.pdf>, consultado: 15 de abril de 2022, hora (Venezuela): 03:10p.m.

CASAL, Jesús María, “No puede haber reforma judicial sin independencia del TSJ”, entrevista por DÍAZ ALBANY, *El Ucabista*, 09 de febrero de 2022, redacción de Albany Díaz, <https://elucabista.com/2022/02/09/jesus-maria-casal-no-puede-haber-reforma-judicial-sin-independencia-del-tsj/>, consultado: 21 de junio de 2022, hora (Venezuela): 12:10 a.m.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La CIDH expresa preocupación por la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”, publicado el 17 de febrero de 2022, <http://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/034.asp>, consultado: 20 de junio de 2022, hora (Venezuela): 01:00p.m.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, consultado: 16 de abril de 2022, hora (Venezuela): 03:00p.m.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, “La sentencia N° 83 de la Sala Constitucional”, *El Nacional*, 29 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/la-sentencia-n-83-de-la-sala-constitucional/>, consultada: 02 de abril de 2022, hora (Venezuela): 02:30p.m.

MONTERO, Diana y SALAZAR, Alonso, “Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, CIDH. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>, consultado: 20 de junio de 2022, hora (Venezuela): 02:05p.m.

NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/>, consultado: 15 de abril de 2022, hora (Venezuela): 01:11p.m.

LAISE, L. D., “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>, consultado: 20 de junio de 2022, hora (Venezuela): 03:00p.m.

LAISE, L. D. y MANZO-UGAS, G., “Constitucionalismo abusivo y tutela judicial efectiva. El comienzo del quiebre institucional venezolano”, Universitas Fundación, 31.

LIFEDER, “*Falacia ad verecundiam* o de autoridad”, columna en sección de filosofía. Disponible en: <https://www.lifeder.com/falacia-ad-verecundiam/>, consultada: 10 de marzo de 2022.

LOEWESTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Madrid, España, 1970.

Pérez Bourbon, Héctor, “Manual de Técnica Legislativa”, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2007. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=591625b8-e7d7-77d2-f52b-a340e36d83ae&groupId=287460, consultado: 29 de mayo de 2022, hora (Venezuela): 02:00p.m.

RAMÍREZ, Rosa María, “Apuntes de la Unidad de Aprendizaje: Filosofía II: Falacias”, Distribuida según el *pensum* educativo en México, 2020. Disponible en: <https://www.ipn.mx/assets/files/cecyt4/docs/estudiantes/aulas/mescrito/segundo/matutino/filosofia/1.pdf>, consultado: 12 de marzo de 2022, hora (Venezuela): 09:00a.m.

República Bolivariana de Venezuela, Constitución, publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

____ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial N° 37.942, del 20 de mayo de 2004.

Retóricas, “Falacia *ad ignorantiam*”. Disponible en: <https://www.retoricas.com/2015/02/ejemplos-de-ad-ignorantiam.html>, consultado: 10 de marzo de 2022, hora (Venezuela): 10:20 a.m.

____ “Falacia *post hoc ergo*”. Disponible en su portal web: <https://www.retoricas.com/2015/03/ejemplos-de-falacia-post-hoc-ergo.html>, consultado: 10 de marzo de 2022, hora (Venezuela): 10:30 a.m.

RONDÓN HAAZ, “A la sala constitucional”, *El Nacional*, 24 de abril de 2022. Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/a-la-sala-constitucional/>, consultado: 24 de abril de 2022, hora (Venezuela): 01:20p.m.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°83 del 21 de marzo de 2022, <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/21-09-16-Sentencia-No-810-Constitucionalidad-Tercer-Estado-de-Excepcion.pdf>, consultado: 22 de marzo de 2022, hora (Venezuela): 11:30 a.m.

_____ sentencia N°269 del 21 de abril de 2016. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/21-09-16-Sentencia-No-810-Constitucionalidad-Tercer-Estado-de-Excepcion.pdf>, consultado: 22 de marzo de 2022, hora (Venezuela): 04:00p.m.

_____ sentencia N° 952 del 20 de agosto de 2010. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/%20952-20810-2010-08-1249.HTML>, consultado: 23 de marzo de 2022, hora (Venezuela): 01:10p.m.

Transparencia Venezuela, ONG (2021), “Venezuela sigue cayendo en el índice de percepción de la corrupción”. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/venezuela-sigue-cayendo-en-el-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2021/>, consultado: 15 de mayo de 2022, hora (Venezuela): 11:27 a.m.

**ASPECTOS PROCESALES EN UNA OBRA INÉDITA
DE HUMBERTO CUENCA.
ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA
PROBATORIA Y ESPECÍFICAMENTE A LA
EXHIBICIÓN DE COSAS, PERSONAS E
INSTRUMENTOS EN EL PROCESO CIVIL**

*Edgar Darío Núñez Alcántara**

SUMARIO

1. Homenaje. 2. Explicación necesaria. 3. Material disponible para la investigación del contenido general. 4. Tratamiento de la *actio exhibendum* en la obra inédita de Humberto Cuenca. 5. Algunas consideraciones particulares. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. Homenaje

Constituye un honroso placer contribuir a la edición de un texto de carácter jurídico en el cual se rinde homenaje al Dr. Humberto Romero-Muci. Es oportuno el tiempo que vivimos para reconocer a los personajes de la vida institucional venezolana que realmente hacen labores encomiables para contribuir a la paz, el desarrollo y el progreso de la nación. El quehacer del profesor Romero-Muci que celebramos, está inscrito en esa categoría noble y útil, y el mérito se engrandece cuando observamos que su tarea se cumple en tiempos históricos patrios procelosos. De modo que nos satisface y honra la colaboración que se nos ha encomendado para el libro homenaje en su honor. ¡Enhorabuena!

* Abogado. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo (FCJP-UC). Colaborador especial de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Aciropol) en el estado Carabobo. Especialista en derecho procesal, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en derecho agrario, egresado de la Universidad Santa María (USM). Abogado en el libre ejercicio.

2. Explicación necesaria

El tema que hemos seleccionado para este ensayo jurídico es posible materializarlo por bondad de la profesora Gloria Cuenca y representantes de la Editorial Vadell Hermanos Editores C.A., quienes nos han permitido tener acceso al material que el profesor Humberto Cuenca elaboró y por distintas razones no fue publicado, y permanece inaveriguado para el foro nacional desde el fallecimiento del jurista¹.

Es harto conocida la importancia que la obra jurídica del autor de marras ha tenido en la doctrina procesal venezolana. Sus aportes a ella le han colocado junto con Luis Loreto, Arístides Rengel Romberg, entre otros, en el rol de introductores de los estudios sistemáticos del derecho adjetivo en sustitución del método exegético que había predominado universalmente en los estudios sobre la materia. A esos efectos la divulgación de la escuela italiana del derecho procesal, con los criterios y aportes de Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Enrico Redenti, Francesco Carnelutti y otros produjo la transformación de los estudios de derecho procesal y esa influencia se va a reflejar finalmente en el modelo procesal y procedimental que nos trajo el Código de Procedimiento Civil vigente desde el mes de marzo de 1987.

En el caso de Cuenca sus textos de derecho procesal, derecho romano y sobre el recurso de casación han sido elementos permanentes de consulta en las aulas universitarias, y obviamente por sus confesas posturas ideológicas sus tesis siempre iban precedidas de alguna referencia de orden ideológico/político. Ahora, debemos advertir que su influencia avanza un poco más allá de su vida terrenal, por cuanto en Venezuela en el comienzo del siglo XXI se produjo el triunfo político/electoral de una tendencia, que por comodidad didáctica llamaremos de izquierda, y su credo personal le es cercano. Esa nueva mayoría política permitió que su pensamiento jurídico político esté ahora reflejado, por ejemplo, en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia o normas constitucionales, *verbigratia* el artículo 257 de la carta suprema cuando expresa "...El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia...", en cuya visión se ve reflejado el pensamiento de Cuenca², así como el de Eduardo Couture³; algo similar acontece con el acogimiento de la casación de instancia o

¹ Humberto Cuenca Rodríguez. Maracaibo 1911 - Caracas 1965.

² Humberto Cuenca, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 30 y 199. En el texto el autor expone: "... se dice que el derecho procesal no es un fin en sí mismo sino un instrumento para realizar la justicia ... Por ello, derivado del carácter instrumental de la ciencia que lo estudia, no es un fin en sí mismo sino el instrumento para realizar la justicia".

³ Eduardo J Couture, *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I La Constitución y el Proceso Civil, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 23. Expresa "... El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia...".

española, que se aplica recién, por jurisprudencia normativa⁴, en el trámite casacional civil ante el máximo tribunal de la República⁵. Esta tesis está inmersa en el pensamiento de Cuenca, quien reiteradamente se expresó en favor del modelo de la casación de fondo.

Es adecuado y justo también señalar que el autor en su obra sobre el recurso de casación señala elementos de limitación y comprensión para el recurso tramitado como casación de fondo, que así lo indica en su obra citada en último término, y ha de ser interesante conocer hasta donde los impulsores de estas tesis casacionistas se han apegado al pensamiento del jurista⁶.

Vemos entonces que el profesor Cuenca ha dejado una importante huella en el pensamiento jurídico nacional y nos parece interesante hacer público alguna de sus propuestas escritas mas no conocidas, y hacerlo por supuesto de manera general y sobre varios aspectos de los procedimientos diseñados en el código procesal general de 1916, así como de variados aspectos del derecho procesal y especialmente en la materia probatoria.

Así labraremos una rápida visión del contenido de lo que eventualmente serían los tomos III y IV de su colección sobre el derecho procesal; y de modo particular su opinión sobre la prueba de exhibición de cosas e instrumentos,

⁴ Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fechada 27 de febrero de 2007, bajo ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, caso Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio, en la cual se expresó “Se trata de una facultad de la Sala, derivada de la función que le asigna el artículo 335 constitucional, y del segundo aparte del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite a la Sala no sólo suplir de oficio deficiencias o técnicas del recurrente, sino que al considerar que la nulidad de normas es de orden público, autoriza al Juez -como principio general del derecho- a proceder de oficio en resguardo del orden público (artículo 11 del Código de Procedimiento Civil) y dictar cualquier providencia legal”.

⁵ Véase la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28 de julio de 2017, caso Marshall y Asociados S. A., bajo ponencia del magistrado Guillermo Blanco Vázquez.

⁶ Humberto Cuenca, *Curso de Casación Civil*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, pp. 56 y 61. Se lee en el texto “... La casación española, en caso de infracción de ley o de doctrina, dicta en un mismo fallo dos resoluciones: la primera, que proclama la nulidad de la sentencia impugnada y la segunda que resuelve el problema de fondo, objeto del litigio. Este tipo de sentencia se llama casación de fondo porque convierte automáticamente al T. S. en tribunal de derecho y de hechos... No distinguió Calamandrei entre dos sistemas de casación que imperan en la América Latina: el de casación pura o francesa y el de la casación impura o española (casación de fondo), seguido por la mayoría de nuestros países que, como antes hemos dicho, en la práctica ha producido excelentes resultados, pues el sistema francés del *reenvío* causa demoras y trastornos en la administración de justicia...”. (Cursivas del texto citado).

partiendo del modelo que la figura tenía en el código procesal común del 4 de julio de 1916, con la transformación que sufrió en la reforma del mismo código en su versión 1987, con una tentativa visión al futuro.

A tales fines revisaremos el tratamiento que la doctrina nacional daba a la institución y la explicación/justificación de su transformación en el vigente código procesal general, para finalmente plantearnos si las nuevas realidades tecnológicas y procedimentales de la república harán necesario que el asunto sea revisado y observar la conveniencia de su nueva transformación, y determinar hasta dónde el modelo que estudió Cuenca pueda parecer conveniente, sin negar la necesidad de la adaptación a las realidades que el derecho y nuestro discurrir procesal/procedimental hace aconsejable en los tiempo que corren.

3. Material disponible para la investigación del contenido general

Los documentos puestos a nuestra disposición para su estudio y comprensión consisten en:

3.1. Tres grupos de papeles, el primero constante de 239 folios mecanografiados en lo que parece ser el material que contendría el tomo III de su colección Derecho Procesal Civil. El material que integraría el TOMO IV tiene dos grupos de folios, el primero con un conjunto de 318 folios juntamente empastados e identificados en la parte inferior izquierda de su portada como TOMO IV; y el segundo es un grupo de folios, juntamente mecanografiadas, integradas por 157 páginas.

El orden que hemos señalado, para los tres grupos de papeles revisados, obedece a que al terminar el folio 157 del denominado segundo grupo del tomo IV aparece la expresión FIN.

El material está relativamente ordenado y se observa que en algunos casos el tema tratado está repetido. En algunas páginas existen anotaciones manuales con lápiz de grafito y bolígrafo, que en principio podemos atribuir al autor.

En lo que respecta a esta investigación sobre el material inédito referido observamos que el denominado TOMO III dedica un aproximado del cuarenta por cien (40%) de su contenido al aspecto probatorio. Como veremos el autor hace un estudio detallado, minucioso de la prueba en el proceso judicial.

3.2. Lamentablemente el material que hemos revisado comienza en el folio 59, lo cual nos dice que el inicio y buena parte de su contenido no se encuentra dentro de las páginas a las cuales hemos tenido acceso. Por esta circunstancia se inicia abruptamente con el tópico relativo a la preclusión; luego analiza la falta de acción, explicando que es el código procesal común de 1916 el que por vez primera contempla esta circunstancia; así como una distinción entre la falta de acción y la falta de causal.

Así pues, lo que hemos revisado y comprendido como su tomo III contiene distintos aspectos del proceso ordinario que abarcan tópicos tales como:

a) La cosa juzgada, su definición y naturaleza, la ‘santidad de la cosa juzgada’ en el lenguaje de Chiovenda, y le señala las siguientes características: requiere ser válida, es decir el fallo debe ser dictado por un juez con jurisdicción, no necesariamente competencia; encuentra como fórmula de ataque contra la cosa juzgada en la invalidación, tener definitividad y ejecutoriedad, señala sus fuentes y elementos tales como la triple identidad, la de objeto, causa y partes; y, finalmente explica las razones que justifican la existencia de la cosa juzgada.

b) Las excepciones (dilatatorias y de inadmisibilidad) y las defensas perentorias, su trámite particularizado, recursos judiciales y efectos.

c) Contestación de la demanda; reforma de la demanda; comenta Cuenca que el entonces vigente código procesal italiano (refiérase al *Código di Procedura Civile* del 21 de abril de 1942) permite la reforma no sólo del libelo sino también de la contestación; asimismo ve esto como positivo en la legislación citada, y comenta “El nuevo Código de procedimiento Civil, italiano, a la inversa del nuestro, permite modificar la acción al actor contenida en sus afirmaciones, y al demandado en su defensa propuesta. Como ya hemos expuesto, en Italia, el proceso es oral, y sus fases ya también estudiadas, difieren de nuestro proceso, que como bien sabido es, contiene un noventa por ciento (90) escrito y un diez por ciento oral”⁷.

d) La reconvencción. Analiza su naturaleza jurídica, le califica de ‘contraderecho’; e identifica sus características y requisitos. Explica el aspecto procedimental de su interposición. También observa su contestación; la admisibilidad de la pretensión reconvenccional, sus requisitos mínimos y el trámite procedimental que se aplica a la institución. Posteriormente el autor hace en dos páginas un resumen de sus opiniones sobre la institución de marras.

e) La cita en saneamiento o garantía. El autor comienza advirtiendo que las figuras de saneamiento o garantía en nuestro país eran hasta entonces analizadas fundamentalmente desde la óptica sustantiva y no procesal, como en su opinión debería ser. Esta crítica influirá en el pensamiento de los proyectistas y legisladores que le dieron contenido y alcance a lo que nuestro código procesal

⁷ En nuestra legislación actual existe un sistema similar en la competencia acuática, y así la Ley de Procedimiento Marítimo (publicada en Gaceta oficial 5554, 13 de noviembre de 2011) en su artículo 11 dispone “...Dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, a la declaratoria del Tribunal, de haber concluido las diligencias a que se refieren los artículos 9 y 10, el demandante podrá reformar su demanda, en ese supuesto, el demandado podrá contestar la reforma dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del término concedido para la reforma de la demanda. Al vencimiento del término concedido para la reforma de la demanda. Si el demandante no hubiere reformado su demanda, podrá el demandado reformar su contestación”.

común vigente denomina “intervención de terceros”⁸, y en el cual confluyen de un modo ordenado y con rigurosidad científica la intervención -voluntaria o coactiva- de los terceros y se reglamenta de forma precisa la institución. Esta influencia se evidencia del capítulo VI del Libro Segundo del código procesal vigente cuando se refiere al juicio ordinario. En este caso se produjo el necesario correaje entre la doctrina y la legislación.

Cuenca separa el saneamiento de la garantía y define a aquél como “la intervención obligatoria o coactiva de un tercero, en la relación procesal, con el objeto de que responda de una obligación de cuyo derecho se ha despojado”, señala que el saneamiento hace referencia a derecho reales y la garantía a derechos personales o de crédito.

f) En lo sucesivo Cuenca va a desarrollar lo relacionado con el aspecto probatorio judicial, que como hemos comentado *supra* lo analiza prolíficamente y en profundidad. Veamos *grosso modo*.

* Así inicia su escritura definiendo a la prueba como “...el medio otorgado a las partes para demostrar la veracidad sobre sus afirmaciones en el proceso...”, la idea expresada refleja un acogimiento del litigio regido por el principio dispositivo, es decir la labor probatoria pareciera estar restringida (ámbito civil, lógicamente) a las partes interesadas en el juicio. Por ello luego afirma “...nuestro proceso no es inquisitivo, sino dispositivo y por ello la prueba en él no es la averiguación de la verdad, sino el esfuerzo realizado por las partes para demostrar sus afirmaciones, sin tomar en cuenta si en verdad coincide o no con la verdad moral. Todo depende de la eficacia y actividad de las partes. Estas tienen en el proceso una actitud egoísta y esa actitud no puede estar supeditada a la verdad moral...”⁹

* Continuando en esa línea de pensamiento expresa “...La prueba no es un medio de investigación en el proceso, sino la demostración de la afirmación o negación de las partes.

⁸ En la exposición de motivos de nuestro código procesal general se lee “En el Capítulo VI se regulan las diversas formas de intervención de terceros en la causa (Art. 370). Se consideró conveniente sistematizar en este Capítulo, **las diversas formas de intervención de terceros que se encuentran tan dispersas en el código vigente** y desarrollar luego en la Sección 1º, la intervención voluntaria, y en la Sección 2º la intervención forzada...” (Negrillas nuestras).

⁹ Con la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1999 y la transformación de la República en un Estado de Derecho y Justicia el proceso jurisdiccional ha sufrido una importante transformación, lo cual está llevando a la revisión de conceptos sustantivos y procesales como el establecido sobre la carga de la prueba. Al respecto véase la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 25 de mayo de 2021, bajo ponencia del magistrado Francisco Ramón Valásquez Estévez

El científico tiene amplitud en su investigación para demostrar sus conclusiones; pero la parte, no. Su posición interesada y egoísta en el proceso la sujeta a ciertos límites y condiciones que no sujetan a la demostración de la verdad filosófica o científica”.

* Luego analiza el tema relativo al objeto de la prueba, y señala que deben ser los hechos y no el derecho, con la excepción de la existencia o inexistencia de éste, la costumbre mercantil como fuente del derecho y el derecho extranjero, según dispone el Código Bustamante, vigente para ese entonces¹⁰. Al respecto el artículo 60 de la Ley de Derecho Internacional Privado, vigente actualmente, prescribe “El Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los Tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo”.

* Cuenca analiza el concepto de “medios de prueba” y encuentra que las disposiciones sustantivas sobre estos “...son garantía para las partes porque no pueden ser sometidas a retroactividad como las disposiciones adjetivas del procedimiento civil”. Esta afirmación es importante en la actualidad, de constantes cambios de criterio en torno a los efectos temporales de las leyes, porque se parte de la idea que en la hermenéutica se permitiría una interpretación de retroactividad con respecto a las normas de procedimiento más no las sustantivas, cuyos efectos estarían limitados siempre a la vigencia de la ley formal.

* Se introduce en el tema de la exhibición de cosas e instrumentos (*actio exhibendum*) y plantea “...Código de 1897 por primera vez de origen romano como acción principal o subsidiaria. Art. 288. En interés de la justicia, salvo secreto profesional. No es una prueba, sino un medio para traer a los autos las pruebas que se necesitan, de allí que su término dependa de la prueba misma...”

* Refiere según el orden y períodos del código procesal para las distintas fases del aspecto probatorio y menciona lo tradicionalmente relacionado con la carga de la prueba.

* En cuanto a la valoración de los medios probatorios, Cuenca analiza los tres métodos de valoración de estos, a saber. a) como primer sistema la libre convicción o convicción íntima, el cual es “...de carácter moral y deja al libre criterio de los jueces la apreciación de la prueba, sin límites legales y sin la observancia de normas jurídicas. Por encima de la ley prevalece la verdad subjetiva que el magistrado se forma acerca de los hechos... este sistema con toda su amplitud sólo prevalece en materia penal... Sin embargo, la verdad es que aún en este sistema, que es el más amplio de todos existen algunas limitaciones, establecidas por la ley o la costumbre: como repudio del testimonio por referencias, la prueba por fama o rumor público, la impertinencia con respecto a los hechos alegados, etc.”

¹⁰ En Venezuela en la actualidad el ámbito de derecho internacional privado está regido fundamentalmente por la Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.511.

b) Luego señala “El segundo sistema. Llamado el de la regla de la sana crítica establece una conciliación entre el rigorismo jurídico del tercero y la excesiva amplitud del primero. Es un sistema de experiencia, de discreción, del normal discernimiento que puede atribuirse no a cualquier persona, sino a un magistrado prudente. Por tanto, tres fuentes contribuyen a la formación del criterio de la sana crítica: a), la ley, porque existen algunas limitaciones, en cuanto a la forma para verificar la prueba sin cuya observancia no es permitido apreciarla; b), la experiencia, porque el juez debe valerse de aquellos resortes morales y de hechos vividos que constituyen un acervo de gran utilidad para controlar al mismo tiempo que la veracidad también la eficacia probatoria, de manera que le permite dar más crédito a un testigo singular que a veinte contestes y c), las máximas de experiencia, derivadas del derecho romano y del canónico, que constituyen una síntesis de sabiduría jurídica”

c) El tercer sistema. Cuenca analiza el método de la prueba legal y lo califica como “...el más estrecho y limitado de todos pues somete el poder de apreciación al imperio de la ley y el juez se ve obligado a dar crédito a los hechos mediante una tarifa... Además, en el proceso civil existen muchas limitaciones: plena prueba para el demandante, mejor condición del poseedor, etc. de manera que apenas si en materia de testigos deja un pequeño margen de apreciación al juez...”.

La opinión del autor calificando la sana crítica como el mejor sistema es acogido por parte importante de la doctrina jurídica y se convierte en norma en el vigente Código de Procedimiento Civil a tenor de lo previsto en el artículo 507, al establecer que la regla de valoración primera es la sana crítica y sólo por excepción legal la tarifa del legislador. Esta fórmula significa que en nuestra actualidad coexisten dos sistemas valorativos; a saber, el de la tarifa legal, *verbigratia* los artículos 1.359, 1.360 y 1.401 del Código Civil cuando le ordenan al juez el cómo debe apreciar y darle fe a los instrumentos públicos y a la confesión de parte. Actualmente dicho método en sede civil comienza a ser afectado e incluso en el ámbito de las leyes especiales, tanto de índole social (como las laborales, protección de niños, niñas y adolescentes) o económicas (Ley de Procedimientos Marítimos), que con relación a todos los medios probatorios establecen a la sana crítica como método único de valoración¹¹.

¹¹ Sobre esta consideración Arminio Borjas en su obra Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, hace estas coincidentes afirmaciones “...Eran las reglas clásicas del *sistema de la prueba legal*, que en los tiempos medios sustituyó al de la *prueba moral* de los romanos, y que llegó hasta convertir a los Jueces, por temor a la arbitrariedad, en automáticos dispensadores de una justicia que se medía por el número y no por la calidad de los testigos, ... Todas las legislaciones modernas por conveniencia o necesidades sociales inevitables, aunque han tenido que adoptar un forzoso eclecticismo, en que el sistema de la prueba moral coexiste con principios

Es decir, existe una clara tendencia doctrinaria y legislativa a ir estableciendo la sana crítica como el sistema preferencial y la subsiguiente eliminación del modo tarifario.

Es necesario revisar el pensamiento de esos tiempos en la doctrina jurídica latinoamericana sobre esta temática y observar a Eduardo Couture ubicar su acogimiento en nuestras legislaciones al expresar: “La legislación hispanoamericana tiene en este punto una orientación superior a la de las dos posibilidades clásicas. Yo creo que la legislación española de 1855, pasada a muchos códigos americanos en este punto, ha creado una tercera figura intermedia de carácter científico, que supera las posibilidades de la prueba legal y de la prueba racional. Es el principio de la apreciación racional de la prueba, con arreglo a *los principios de la sana crítica* ... Las reglas de la sana crítica son una categoría intermedia que no tiene ni la rigidez propia de la prueba legal, ni la excesiva inestabilidad de la prueba de conciencia... en la prueba legal el legislador le dice al juez: ‘Tú fallas como yo te digo’...En el principio de la libre convicción, por el contrario, el legislador da un permiso en blanco al juez, y le dice: ‘Tú fallas como tu conciencia te lo diga, yo no tengo reglas...’...”. Pero en la sana crítica, aparece a flor de razonamiento una categoría intermedia. El legislador le dice al juez: ‘Tú fallas con arreglo a principios lógicos y de experiencia, ordenados de acuerdo con las reglas que hoy se admiten para juzgar las cosas; es decir, de acuerdo con los principios admitidos por la lógica y de acuerdo con las máximas de experiencia que nos da la observación diaria de la vida’.”¹²

3.2.1. Cuenca comienza el análisis específico del aspecto probatorio citando a Eduardo Couture quien define la prueba como “... el medio otorgado para demostrar las afirmaciones en el proceso...” Afirma el autor que la prueba es un contralor que permitiría al juzgador ver con precisión las verdades y las mentiras que se alegan en el proceso “... y por lo tanto optar por su medida o criterio para su decisión o sentencia.

Es un medio de convicción pues trata de persuadir al juez, de convencerlo para dictaminar sobre las afirmaciones de las partes en el juicio”. Por eso señala que como contralor de las afirmaciones el juez somete la prueba a ciertas condiciones o requisitos para su admisión, y como medio de convicción el legislador le establece medios legales para que el juez pueda valorar la prueba. Hace una diferenciación con el juicio oral, al cual califica de distinto por su

convencionales del de la prueba, han borrado de sus instituciones procesales los de las reglas antedichas. De la legislación de Las Partidas pasaron esas reglas, como legado de la época colonial, a nuestra ley civil sustantiva, y ya era tiempo de que, a los justos reclamos del progreso jurídico, esas disposiciones adjetivas desaparecieron del Código Civil y no entrasen al de Procedimiento sino depuradas de su añejo fermento medieval”. Arminio Borgas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo III, Librería Piñango, Caracas, 1973, pp. 403 y 404.

¹² *Ibidem*, pp. 319 y 320.

naturaleza, al estimar que en él existe la libre convicción del juez; que en el proceso civil (escrito diríamos) es necesaria la plena prueba mientras que, en el sistema oral, no, dada la posibilidad de la convicción libre del juzgador.

Luego se pregunta qué es la prueba y afirma con Carnelutti que "... por su naturaleza jurídica es una carga procesal.". Menciona a Kohler, Büllo y Goldschmidt a quienes atribuye la convicción de la prueba como una carga, que esto es lo que determina que en principio el actor lleva la carga de probar sus afirmaciones, y que el juez no podrá declarar con lugar la demanda civil si no existe plena prueba; considera que es posible que haya la semiprueba en materia incidental pero nunca en la de fondo. Introduce un elemento de razonamiento filosófico para afirmar "... En el campo filosófico la prueba no tiene límites, el filósofo se extiende por todos los ámbitos hasta encontrar la verdad; el juez civil, en cambio, se limita a escudriñarla dentro de los elementos probatorios, proporcionado por las partes".

En cuanto a la clasificación de las pruebas habla de las pre constituidas o simples, en razón del tiempo procesal; plena, semiplena y presuntivas en razón de los medios utilizables, (para Cuenca las presunciones no son medios de prueba, sino el sucedáneo que releva de la carga). Entonces nos habla de la confesión simple, de las posiciones juradas y del juramento, bien sea el decisorio o el deferido. También se refiere a la prueba documental y dentro de ella de los documentos públicos y privados; de la experticia, la inspección ocular y el testimonio, calificando a este último como el más importante de los medios de prueba.

3.2.2. El objeto de la prueba que el autor en estudio señala que son los hechos y raras veces el derecho. En cuanto a los hechos deben probarse los constitutivos, los extintivos, los invalidativos y los confirmativos.

Así mismo señala, cuáles hechos no es menester probar, e indica "los hechos evidentes, que son aquellos aceptados comúnmente por la ciencia, como los principios físicos, químicos, concretamente sería el caso de que el agua a los noventa grados estaría en estado de ebullición"; los hechos notorios; las presunciones absolutas; los hechos negativos.

Luego dice que el Derecho no es objeto de prueba, que hasta hacía poco no era menester probarlo pero que para el momento en que desarrolla su obra, si; aunque considera que los casos de probanzas de derecho en algunas circunstancias necesitan su demostración, por ejemplo, la existencia de leyes antiguas, la derogación de la ley, aunque afirma que en realidad en caso de inexistencia del derecho no se prueba lo negativo, si no lo afirmativo. Con respecto al derecho extranjero como hemos anotado previamente hace referencia al Código Bustamante, en el cual se establece la obligación de probar el derecho extranjero, lo cual se hacía, bien por la certificación de un funcionario judicial del país en el cual se aplica el derecho invocado o mediante el testimonio de dos abogados.

También refiere a la prueba de la costumbre, insistiendo en que ella es fuente supletoria y existe la obligación de probar tales costumbres mercantiles, especialmente en el derecho marítimo, y señala Cuenca que la costumbre en Venezuela es únicamente fuente del derecho mercantil.

Finalmente menciona la máxima de experiencia a la cual atribuye carácter de derecho, ya que son aforismos y postulados jurídicos que van adquiriendo carácter de derecho y como tal en principio no necesita probarse.

3.2.3 Procedimiento de la Prueba. Cuenca comienza explicando que al procedimiento probatorio se le trata como una rama especial del derecho procesal y le ha sido asignado el nombre de “Derecho Probatorio”; que éste cuando se refiere al derecho civil está contenido en el Código Civil, el de derecho penal en el Código de Enjuiciamiento Criminal (hoy día Código Orgánico Procesal Penal) y el de derecho procesal civil en el Código de Procedimiento Civil. Señala que se ha dicho que las normas del derecho probatorio están mal colocadas en el Código Civil, ante lo cual se les ha señalado que el derecho civil es un “Derecho Común”, y que como tal se aplica a todos los derechos. Quienes sostienen la primera posición también alegan que no se justifica la unión de las normas adjetivas con las procesales, pero en definitiva aún las normas del Código Civil sobre los medios probatorios permanecen incólumes en el mismo.

Indica que todo el procedimiento probatorio está regido por el principio del contradictorio, y que por ello no hay procesos sin debate y que “... todo debate requiere pruebas y que el juez está en la obligación de oír las afirmaciones de las partes, afirmaciones que necesariamente están en contradicción, dada la posición egoísta de estas”.

Explica que este principio del contradictorio, base angular de las pruebas, debe estar fiscalizada por la parte contraria y revisada por el juez, lo cual es una garantía judicial el modo como se efectúan, según las condiciones requeridas por la ley (este principio de legalidad formal está previsto en el vigente código procesal común en su artículo 7).

Cuenca establece cuatro fases probatorias del juicio ordinario, señalando como tales la de apertura, la de promoción, la de admisión y la de evacuación. Explica en qué consiste cada fase y presenta un esquema sobre la apertura a pruebas, la casuística excepcional de no haber lugar a ellas; luego presenta un esquema sobre la fase de promoción de pruebas y determina cuatro momentos en que se realiza la promoción, detallando aquellas que pueden promoverse antes del lapso de promoción, las que se promueven durante el lapso natural, las que se pueden promover hasta el lapso de evacuación (todo el lapso probatorio) y las que pueden ser propuestas en cualquier fase del proceso. Posteriormente observamos un esquema sobre la admisión de la prueba y las sub-fases comprendiendo la oposición y la decisión sobre la misma.

Especialmente destacamos que en atención a las previsiones legales de entonces señala que son admisibles todos los medios de prueba “... siempre que estén contenidos en el Código Civil...” y de no ser así la prueba es inadmisibile. Esta observación de Cuenca se convierte en el código de 1987 en uno de sus grandes avances al señalar la libertad probatoria contenida expresamente en el artículo 395 cuando en su único aparte señala “Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones...”; previamente la norma señala como admisibles los medios probatorios indicados en el Código Civil, en el código procesal y en otras leyes de la república, con lo cual el principio de la libertad probatoria se presenta tanto en las normas que prevén el medio probatorio (multiplicidad de textos) como a las denominadas pruebas libres (en cuanto se refiere a aquellas no previstas en la ley, ni prohibidas por ésta y bajo la convicción del juzgador de que el medio propuesto encamina la posibilidad del objetivo del promovente).

3.2.4. La Confesión. Considerada por el autor como “... la suprema prueba, la prueba por excelencia. Recae sobre hechos y no sobre derechos...”. La divide en posiciones juradas y juramento decisorio, tomando como elemento de identificación la forma.

En cuanto a la confesión como tal ubica su origen histórico en el Derecho Canónico en período intermedio, en plena edad media, y dice que fue la costumbre la que dio forma a “las posiciones” en forma de aseveración. Sobre su fundamento Cuenca señala “... la confesión puede ser espontánea, cuando el espíritu está libre, para pronunciarse sobre un hecho y provocada cuando se hace bajo una concesión legal ético-religiosa, generalmente el confesante narra un hecho en contra de su propio interés... contiene dos elementos: uno de representación, que no el objetivo, el relato de lo acontecido y otro, un acto de disposición, porque contrariando su propio interés dispone de un bien propio. Es un acto de libertad. El incapaz que no tiene libertad no tiene el acto dispositivo y por ello su confesión no tiene validez aún cuando lo confesado sea cierto’.

Cuenca estudia la naturaleza jurídica de la confesión y se plantea si esta es realmente un medio de prueba o un medio de disposición del derecho controvertido, la primera tesis se la endilga a los procesalistas, quienes le niegan el carácter de medio probatorio son los civilistas. Señala que la confesión tiene un elemento objetivo constituido por la declaración de partes, que es un acto de representación, y un elemento subjetivo como acto de disposición personal. Cuando analiza el elemento objetivo señala que ese relato de los hechos pasados explicado por las partes al juez y el elemento subjetivo que es un derecho personal; siendo necesario que ambos elementos sean concurrentes y simultáneos.

En cuanto a las características de la confesión la presenta como irrevocable, verbal y que no admite prueba en contrario, así como que debe versar sobre hechos y no sobre el derecho. Finalmente indica que las preguntas deben contener una

formula verbal, que se ha de dejar constancia tanto de la interrogante como de la respuesta, que aquellas deben ser asertivas y las respuestas deben ser directas, sin rodeos, afirmando o negando lo que se le pregunta y en caso de una respuesta oscura se le tiene por confeso.

3.2.5. La Prueba Escrita. Calificada como una confesión extrajudicial, preconstituida que tiene fuerza de convicción entre las partes y sus causahabientes. Definida como "...representación material del pensamiento mediante la escritura. Es la voz grabada eternamente...". Distingue documentos de instrumentos el primero es la representación material del pensamiento humano como las tarjas, signos, señales, marcas; los instrumentos son escrituras que contienen relaciones jurídicas entre las partes. Afirma que el artículo 1357 del Código Civil, asimila los documentos públicos con los auténticos, siendo estos últimos los que se han creado en presencia del funcionario y que este hace constar tal hecho; dice que son términos sinónimos porque ambos significan que hace o merece fe.

Distingue la fe pública de la buena fe, por cuanto esta es creencia colectiva, como es el caso de las monedas y los billetes; a su vez la fe pública hace referencia a lo que el funcionario autorizado afirma haber presenciado o ejecutado. Cuenca estudia en detalle los documentos públicos y privados y particularmente la factura mercantil, el telegrama, los libros de comercio; se introduce en el tema de la tacha de documentos explicando que la presunción de fe pública se destruye con la tacha de falsedad, bien sea de manera principal o accidental; previendo que contra la fe pública sólo existe la tacha, como en el caso del documento público mientras que en el documento privado se admite prueba en contrario; analiza también las causales taxativas de tacha.

En cuanto a la prueba escrita le otorga las siguientes características: es una prueba preconstituida, por ello la misma voluntad que ha creado el instrumento lo puede hacer desaparecer; y es un acto de representación.

Define la fe pública como un acto de certidumbre; la plena fe que significa tener por cierto los hechos explicitados en el contenido del documento, lo cual le da fuerza entre partes y terceros y finalmente califica a la buena fe como "... proceder sin malicia, con ausencia de dolo, con ausencia de maquinaciones fraudulentas en todos los actos de la vida".

Dedica parte importante al tema de la exhibición de documentos, señalando a la institución como una manera de traer a los autos pruebas que se encuentren en manos de las partes, este aspecto de su investigación lo trabajamos posteriormente, por constituir elemento central de este ensayo jurídico.

3.2.5.1 La Tacha de Instrumentos. Cuenca la define como "... la impugnación de falsedad de los instrumentos presentados... El objeto de la tacha de instrumento es el propio documento en sí, es decir, que el instrumento privado no está reconocido, que el acto mismo del conocimiento se impugna la cualidad de los instrumentos públicos por la falta de algún requisito sustancial al registrarlos... las formas de la tacha son, la vía principal y la vía incidental...".

Cuenca detalla los motivos del procedimiento que se sigue para la tacha destacando inicialmente el de la vía incidental y expresamente señala que el tachante debe indicar los hechos, las razones que tiene para impugnarlo, que estos han de ser pormenorizados, y que el juez “... después de señalar cuales son los hechos que deben probarse y cuales consideran que es innecesario probar. La determinación ha de ser muy precisa porque puede ocurrir que los hechos probados no sean eficaces para influir en el ánimo del juez y aun para probar o tachar el documento”.

Asimismo, destaca el rechazo de prueba que hace el juzgador, auto este recurrible en ambos efectos. Asume la presencia del Ministerio Público para que obre como parte de buena fe y controle minuciosamente la prueba, al extremo que el artículo 322 del código procesal de entonces, en su numeral 15 (equivalente al mismo numeral del artículo 432 del código procesal vigente) prevé que para la validez de cualquier transacción será menester el informe del Ministerio Público y la aprobación del tribunal.

Con relación a la figura Cuenca razona sobre esta liberalidad o permisividad del legislador y se interroga sobre si existe una contradicción de la misma con el principio de que no pueden desvirtuarse los instrumentos públicos, para señalar que tal contradicción es aparente porque en este caso lo que se ataca es la fecha o el contenido material, pero no el sustancial¹³.

Finalmente destaca que la sentencia que se tacha en caso de ser declarada con lugar debe ordenar la cancelación o anulación del documento y, en algunos casos, su renovación o reforma.

3.2.6. La Experticia. Cuenca inicia su trabajo definiendo a esta prueba conforme al criterio de Carlos Lessona según quien “... la experticia como el medio de prueba según el cual ‘el juez confía a personas técnicas el oficio de examinar una cuestión de hecho que exige conocimientos especiales para tener de ellos un conocimiento jurado’”. Cuenca entiende que el objeto de la probanza son los hechos, que estos deben ser posibles aun cuando sean difíciles, pero no imposibles; que la ciencia en general puede ser objeto de experticia menos la ciencia del derecho porque esta tiene su perito en el juez.

En cuanto a la naturaleza del medio probatorio, lo califica como una complejidad de actos de percepción y deducción, “... de deducción porque los expertos al examinar la cosa objeto de la experticia hace una percepción técnica, es decir aplican su ciencia por los datos que perciben por medio de los sentidos y por medio de las reglas científicas y de experiencia aprecia los hechos por medio de la deducción.

¹³ Según el artículo 1.360 del Código Civil (tanto el de 1942 como el de 1982 y equivalentes al 1.386 del código de 1922) las declaraciones que hacen las partes en el documento sólo pueden ser impugnadas mediante la simulación del acto jurídico.

Por la percepción es un testigo personal, pero de cosas presente y no pasadas; por medio de la deducción es un juez, pero en el orden técnico y científico y como tal forma juicios, de los cuales puede el juez de la causa apartarse.”

También distingue al experto del testigo porque este invoca la memoria y aquel la ciencia, no devenga honorarios sino compensación por el tiempo perdido, los testigos trabajan separadamente y los testigos trabajan en común; la diferencia de la inspección ocular porque esta es verificada personalmente por el juez, y es percepción, pero no deducción.

Señala su carácter no obligatorio para el juez quien puede seguir o no el dictamen de los expertos. Y al dictamen pericial le señala dos requisitos a saber, que conste por escrito suscrito por todos los expertos, y que sea motivado, ya que la inmotivación le niega todo valor.

3.2.7. La Inspección Ocular. Cuenca la define como el reconocimiento judicial de lugares o cosas del estado en que se encuentren y que son observadas directamente por el juez, que puede realizarse en el recinto del tribunal o fuera de el; que los documentos pueden ser inspeccionados y también las personas. Sobre el reconocimiento a las personas tanto el Código Civil de 1942 como el Código de Procedimiento Civil de 1916 son parcos en torno al tema, y es el código procesal de 1987 en su artículo 472 quien cuando reglamenta la inspección judicial determina la posibilidad de inspeccionar a las personas. Esta norma está concatenada con el artículo 505 *in fine* del vigente código procesal general, cuando señala que si la persona humana se negare injustificadamente a la inspección o experticia el juez tiene la obligación de dejar sin efecto la diligencia, pudiendo sacar las presunciones que le aconseje la prudencia, todo conforme al principio de colaboración de las partes que se estatuye para éstas en los artículos 17 y 170 del código procesal vigente.

Lo califica como un acto de percepción que realiza directamente el juez, y que el examen de la cosa o persona inspeccionada es el medio para verificar la probanza; señala que tiene tres características: a) que no sea fácil acreditar de otra manera (artículo 1.428 del Código Civil), lo cual le concede un carácter de prueba subsidiaria; b) es un factor de inadmisibilidad de la probanza por existir un medio distinto capaz de llegar al juicio el hecho controvertido; c) a los prácticos que asistan al juzgador, durante la evacuación de la prueba, no se le exigen conocimientos periciales.

Finalmente, destaca que es un medio probatorio que puede obrar oficiosamente o a petición de partes, y que en caso puedan desaparecer las cosas o modificarse las circunstancias se puede promover una inspección que el autor califica de extra judicial, la cual será estimada por los jueces en la oportunidad de la sentencia.

Especial interés tiene para este trabajo el comentario que al final del estudio de la inspección ocular hace Cuenca, cuando hace referencia a la *actio ad exhibendum* que permitiría traer al acto de evacuación de la inspección la

constancia de que alguna cosa se encuentra en un determinado lugar. Señala el autor "... por ejemplo, que un instrumento se halla en manos de la parte o de un tercero". Este comentario lo consideramos importante por cuanto al final de este trabajo trataremos de pergeñar sobre si tiene sentido la eliminación de la exhibición de cosas y personas, *maxime*, en tiempos de uso judicial de los medios virtuales o telemáticos. Volveremos sobre el tema.

3.2.8. La Prueba Testimonial. Cuenca la define como "... la declaración rendida en juicios por terceros sobre hechos que tienen importancia para el proceso. La palabra 'testis' significaba originalmente fiador o defensor, después se convirtió el testigo en 'ojos y oídos de la justicia'.". Expone que Carnelutti la define como una función pública a cargo de un particular y que el testigo no rinde servicios a las partes sino a la justicia.

El objeto de la prueba son los hechos, pero aclara que se admite la prueba del derecho extranjero y la costumbre. Cita a Lessona para quien la validez de la testifical se asienta sobre la necesidad que el relato se refiera a un hecho controvertido e influyente en el conflicto, y que ha de ser verosímil. Se le califica como prueba por representación por cuanto el relato es sobre hechos pasados.

Hace la clasificación conocida de la prueba, habla de las incapacidades relativas o absolutas para declarar y de los deberes del testigo, que son el de comparecer, declarar y decir la verdad. También hace referencia a las personas que están exentas de declarar.

En cuanto al interrogatorio señala con Carnelutti que debe ser analítico y circunstanciado. Narra el procedimiento mediante el cual se cita al testigo, el lugar dónde debe declarar, el juramento, su identificación, los casos de indemnización y el examen testifical, incluyendo las repreguntas, contenido del acta y la tacha del testigo.

3.2.9. Idea del autor sobre los modernos medios de prueba. Cuenca plantea que para el momento en que desarrolla su obra el Código de Procedimiento Civil, crea una limitante en este ámbito al señalar que los utilizables en el proceso son exclusivamente los previstos en el Código Civil y "... en este no se contemplan específicamente ciertos medios que la técnica y la ciencia moderna ha empezado a aplicar ya con resultados diversos...". Así hace referencia a la necesidad de acoger en la legislación tales adelantos científicos, entre los cuales habla de las pruebas fotográficas, fotostáticas, telefónicas, los dictáfonos, los sueros de la verdad y otros.

En cuanto a la prueba fotográfica la califica como "... un instrumento privado cuando es producida por los litigantes y a un instrumento público cuando emana de un funcionario público autorizado por la ley para darle autenticidad y fe pública". Afirma en cuanto a la naturaleza del medio que siendo la prueba escrita un relato y la fotografía una reproducción de un hecho anterior se acerca en esencia más a la testimonial que a la documental. Refiere que un cuarto de siglo antes Carnelutti abogó por la admisibilidad de la prueba fotográfica y cinematográfica, lo cual fue recogido en el código procesal italiano de 1942.

En cuanto a la prueba fonográfica señala como tal reproducción de la voz humana a través de discos planos o alambres fonográficos; es una prueba indirecta que permite crear una presunción; no es un medio de prueba en sí mismo sino un sistema mecánico y técnico que trae al ámbito judicial la reproducción de la voz, es decir, es una prueba compuesta e indirecta. Le observa la serie de razones que favorecen o perjudican su incorporación al ámbito probatorio nacional.

En cuanto a los sueros de la verdad, comenta el caso del Cardenal Mindszenty a quien se dice se le aplicó el suero de la verdad y en tal circunstancia se habría declarado culpable del delito de espionaje a favor de los aliados en la segunda guerra mundial. Cita otros casos, generalmente políticos, en los cuales el instrumento relajó la voluntad del reo al ser este perfectamente influenciable y conducido a confesar hechos que no hubiese admitido en otras condiciones. Se declara contrario a su aplicación en el mundo penal, donde afirma se podría utilizar con fines distintos al de la justicia, e igual razonamiento hace para el mundo del proceso civil.

El pensamiento de Cuenca va a ser recogido ampliamente en nuestro vigente Código de Procedimiento Civil cuando entre los artículos 502 y 505 se reglamentan lo relativo a la probanza contenida en planos, calcos, copias, fotografías, reproducciones cinematográficas y en general medios, instrumentos o procedimientos mecánicos; así mismo, pruebas científicas, distintas de la experticia tradicional, a ejecutarse por un científico de reconocida aptitud que nombra el tribunal. Aquí vemos otra influencia del pensamiento del autor en la vigente ley procesal general.

3.2.10. En las últimas páginas de este legajo Cuenca analiza a grandes rasgos la vista y la sentencia de la causa los autos para mejor proveer y el trámite de la segunda instancia.

Reitera sus opiniones en materia de medidas preventivas e igualmente sobre la prueba testimonial y las tercerías.

3.3. En el material que hemos identificado como el TOMO IV está integrado por dos partes, y en la primera el autor analiza los siguientes tópicos:

a) La ejecución de la sentencia, su conceptualización, naturaleza jurídica; el mandamiento de ejecución, clasificación, principios que le rigen y fundamentos; tipos de sentencias y su ejecución; prescripción de la *actio iudicati*.

b) El embargo de bienes; Tipos de embargos; oposición al embargo por terceros, con la distinción entre partes (lo limita al embargo cautelar) y la del tercero (crítica que la norma del código procesal de 1916 habla de “poseedor o tenedor legítimo” y la interpretación si la partícula “o” es disyuntiva o copulativa. El legislador de 1987 sólo habla de “tenedor legítimo”); el depositario; el remate, el justiprecio, los carteles; remates de muebles, incluidas naves y aeronaves; remate de inmuebles; acto de remate, la caución, consignación del precio.

c) Ejecución de sentencias extranjeras; el exequátur sobre el divorcio.

d) El juicio de invalidación. En cuanto a la naturaleza del “juicio” lo califica de “acción autónoma” y expresamente se aparta del criterio de Arminio Borjas. Estudia su recorrido histórico y características; finalmente lo separa de la casación, analiza sus causales taxativas de procedencia y la prueba auténtica de los hechos que la fundamentan.

e) El juicio de queja, su definición, naturaleza; características, requisitos, competencia y trámite.

f) Los juicios breves, conceptualización, naturaleza, características, El autor señala de forma crítica que el denominado juicio breve del código (1916) en verdad es una “...propriadamente una reducción de oportunidad procesal, que reduce los lapsos pero no los actos...” o también que habiendo sido denominado como “juicio oral” en los códigos anteriores al de 1904 (derogado por el que examina de 1916), en aquél se eliminó la oralidad (verbalidad) y se le empieza a llamar “juicio breve”; así mismo señala Cuenca que el antecedente más lejano de la figura en nuestra legislación es el ‘El Código de Procederes de la Gran Colombia’ de 1826, así nos informa que el licenciado Aranda recogió esta figura y la incorpora en el Código de Aranda de ese año. Analiza el procedimiento, la cuantía, y las materias en las cuales se aplicaba, así como el aspecto recursivo.

g) El desalojo de inmuebles urbanos y predios rústicos. Cuenca empieza explicando el efecto que la segunda guerra mundial produjo en el ámbito jurídico y específicamente en el inquilinario, y cómo ello influye en la creación del Decreto Legislativo sobre Desalojo de Vivienda de 1947 y la regulación extraordinaria que para esa rama del derecho va surgiendo en torno al arriendo inmobiliario; avisa que el derecho en “...materia privada, de derecho particular ha sido tan penetrantemente intervenida, como ésta del arrendamiento de inmuebles... como una suprema derogatoria y la llamada ‘crisis de la autonomía de la voluntad’... bien pudiera decirse que se ha creado un verdadero Derecho Inquilinario...”; A esta rama jurídica la cataloga como un derecho que “tiene un contenido social y humano más que científico, pero nada se opone a su futura sistematización...”. Desarrolla las características de la ley (decreto legislativo y la ley de inquilinato de 1960), hace la distinción entre la desocupación de inmuebles urbanos de la relativa a los predios rústicos, relacionados con el Decreto Sobre Desalojo de Predios Rústicos de 1947, y ambos le identifica y concede sus especificidades que le dan una fisonomía particular, para terminar señalando que las normas sobre desocupación de predios rústicos han sido incorporadas a la Ley de Reforma Agraria del 5 de marzo de 1960 (la cual estuvo vigente hasta el 13 de noviembre de 1999).

h) La partición. Inicia su exposición aclarando el contenido de la materia en estudio. Señalando que ella “...es la división de la cosa en común. Sabemos que la herencia es una universalidad de bienes...”; luego se introduce en la naturaleza de la partición de bienes comunes, le califica de “acción declarativa” y distingue

dentro de ella la acción de petición de herencia a la cual califica de “acción real” y la división de bienes hereditarios que señala como “acción personal”. Así al proceso divisorio lo califica de “complejo” y producto de los conceptos que aportó la revolución francesa, para concluir diciendo que de este modo se evita el “empozamiento de la propiedad en pocas manos”, e indica que en Inglaterra este derecho está rezagado y señala que tiene instituciones como el mayorazgo y los institutos de manos muertas. Posteriormente estudia sus fundamentos, la legitimación activa, sus límites y la clasificación de la partición en extrajudicial o amistosa y la judicial o litigiosa; analiza *grosso modo* el trámite procedimental y la oposición a la partición.

i) La cesión de bienes. Empieza el autor usando la definición de Caravantes, para referirla como ‘El abandono que hace el deudor de todos sus bienes en favor de sus acreedores’; marca diferencias entre el concurso civil y la quiebra mercantil, identificando la primera por su carácter privado y la segunda por la vigilancia del Estado, para concluir diciendo que por ello es de orden público; explica que se constituyó en el sustituto del pago de deuda mediante cárcel; determina la competencia y el modo como se hace la solicitud a la cual califica de contenciosa; y desarrolla brevemente el trámite procedimental.

j) El concurso de acreedores, lo define y clasifica, señalándole como un procedimiento ejecutivo, advirtiendo que se contempla recursos contra la negativa de apertura, y que ante esta eventualidad no hay cosa juzgada formal, para concluir que realmente es una medida (pretensión) cautelar que no produce cosa juzgada, y eventualmente se va a convertir en juicio ejecutivo; destaca la pluralidad de partes y lo asemeja a un litis consorcio forzoso, así como la pluralidad de pretensiones; explica su origen histórico y antecedentes y los clasifica en civil y mercantil, dentro del primero distingue la cesión de bienes y el concurso necesario forzoso. A renglón seguido analiza el concurso necesario de acreedores, el cual previamente ha diferenciado de la quiebra previendo sus caracteres, requisitos y los eventuales tribunales competentes; analiza el contenido de la solicitud del concurso, el trámite, la incorporación de acreedores, la calificación de sus créditos, la acumulación de pretensiones, advirtiendo que tanto Sanojo como Feo sostienen que al concurso abierto se le deben acumular todas las demandas conexas, a diferencia de Borjas para quien no es un juicio universal y sólo aprovecha a quienes lo expresen.

k) Vía ejecutiva. Es una forma especial del juicio ordinario, por estimar que su carácter distintivo es el mecanismo procesal y no por su naturaleza, y que por ello el legislador de 1916 lo cataloga de procedimiento especial; examina sus requisitos, su naturaleza jurídica, calificándolo de procedimiento ordinario con características especiales y que “...podrá decirse que es una forma especial del juicio ordinario”; hace la distinción entre la ejecución de sentencia, la vía ejecutiva y la acción ejecutiva, a esos efectos distingue nuestra legislación de la española, de la argentina, italiana, y mexicana, para concluir citando a Borjas quien dice ‘Es un procedimiento anexo y paralelo al ordinario, en el que para seguridad del

acreedor, desde que este instaura su acción se procede como si ya hubiere recaído sentencia ejecutoriada contra el deudor...'; luego desarrolla los procesos ejecutivos, les diferencia del juicio ordinario, y especialmente define el título ejecutivo, transcribiendo a Carnelutti al decir que es 'El instrumento integral que prueba la pretensión del actor' (subrayados del documento citado); por eso dice Cuenca que el título es una prueba autónoma, que basta por sí misma para probar el derecho reclamado, y el cual debe ser preconstituido, es decir, creado antes del juicio. Desarrolla su naturaleza, sus posibles fuentes, sus requisitos (especialmente su suficiencia); desarrolla la oposición de terceros, equiparándola a la oposición al embargo en la ejecución de sentencias y explicando que debe ser tramitada en cuaderno separado.

1) Ejecución de hipoteca, Cuenca define la institución como '... una modalidad de la vía ejecutiva por medio de la cual el acreedor hipotecario adquiere un derecho de preferencia y de persecución, para satisfacer sus pretensiones'. Observa que se concede un derecho de preferencia porque el acreedor se hace pagar con prioridad a otros acreedores de grado inferior o quirografario; y también un derecho de persecución, ya que se puede rescatar la cosa sin importar en manos de quien esté (*ius perseguendi*) por cuanto es un derecho real. Señala que Carnelutti plantea que la hipoteca no es una institución civil sino procesal, negando que sea un derecho real sino un embargo convencional que ampara al acreedor de una eventual insolvencia del deudor.

Así mismo Cuenca señala que la ejecución hipotecaria plantea multiplicidad de pretensiones, a saber, constitutivas, de cancelación o pago relación, división, inscripción y ampliación; y también que es coactiva por expresar una sentencia de condena ejecutable para el supuesto que el deudor no cumpla. Señala que el procedimiento ejecutivo que analizaba se produjo con la reforma del Código Procesal de 1916, cuando se cambió lo que era un proceso ordinario por el procedimiento especial que se analiza, estimando que es una simplificación de la vía ejecutiva tomado del sistema español para las provincias de ultramar y pensado para las rentas públicas (inclusive hace una semejanza de la institución por juicios de rentas públicas y la vía ejecutiva).

Califica el escrito inicial del proceso como solicitud, citando a Borjas quien opina que no se está obligado a llenar los requisitos de la demanda, y Cuenca señala expresamente la siguiente idea "...Creemos que la razón es >que no< pueden oponerse excepciones de defecto de forma, pues la verdad es que el título debe contener por sí mismo todas las especificaciones..." (Contenido del paréntesis nuestro).

Cuenca trabaja indistintamente con la figura de llamamiento que denomina citación y no intimación como prevén los artículos 533 y 668 de los códigos procesales de 1916 y 1987; para luego introducirse en el modo como se usaría la citación cartelera, planteando la tesis de Borjas (según la cual si no se puede intimar personalmente se ha de escoger la vía ejecutiva) frente a la tesis de la

jurisprudencia que acoge la citación por carteles. Así mismo se interroga sobre quién es el tercer poseedor que debe ser llamado a proceso y qué puede hacer oposición, concluyendo que “... es aquel que detenta la cosa por cualquier título. En este caso, obligado por la ley, hay un litis consorcio forzoso”

m) Demandas de las rentas públicas. Cuenca comienza su análisis de este procedimiento usando una expresión crítica y futurista, al haber afirmado que es un juicio ejecutivo que se utiliza para hacer efectivo el pago de las contribuciones fiscales y el cual “...tiene más bien una naturaleza contencioso administrativa y algún día encontrará sitio adecuado...”, lo cual nos obliga en la actualidad al análisis del estatus del cobro de créditos fiscales, reflejados fundamentalmente en el Código Orgánico Tributario, y que ha dejado sin positividad las reglas del Código de Procedimiento Civil e inclusive afectado grandemente a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. El autor hace la distinción de la Nación como entidad económica con personería que denominamos fisco nacional, la cual es distinta de su personalidad como entidad política. Hace referencia a los privilegios del fisco, al trámite de los juicios fiscales con sus términos y posturas procesales, así como del ejercicio de los ciudadanos contra la república y la eventual ejecución de las sentencias a favor de aquellos.

n) Los interdictos. El autor hace una serie de consideraciones sobre los procesos cautelares, a los cuales incorpora inicialmente un folio con anotaciones manuales, con lápiz de grafito, la cual denomina bibliografía venezolana y cita como tales textos de Bruzual Núñez Dora, Carmona Juan, Gil Borges Esteban, Loreto Luis, Mejía Alfonso, Montero José Domingo, Parra Ramiro, Pérez Néstor, Rodríguez José Santiago, Sánchez Tito, Sardi Carlos, Certad Leonardo, Ayala José Ramón, Bastidas Luis, Matos Romero Manuel, Montiel Gonzales Rafael, Moleiro Federico, Pérez Néstor Luis, Pietri Alejandro, Rangel José Ramon, Sequera Carlos, Urbaneja Alejandro, Sanojo Luis, Feo Ramon, Borjas Arminio, Morles Hernández Alfredo, Viso Julián, Cañizales Amadis, Sanojo Luis y Reyes Pedro Miguel (ambos nombre escritos en bolígrafo),

Se adentra el autor en el tema de los interdictos y hace una profusa disertación sobre la institución posesoria. Es un detallado estudio que devela un profundo interés y dominio del tema. En esa labor explicativa los define como “...una medida cautelar que consiste en la tutela jurídica que dispensa el Estado a quien ha sido perturbado y despojado por otro en la posesión o tenencia de la cosa, o emprende una construcción nueva o tiene una vieja capaz de lesionar el derecho de otras personas...”. Define su naturaleza como perteneciente al grupo de las medidas cautelares, en Venezuela a estas las clasifica como conservativas, e incluye en tal rubro a los interdictos posesorios y prohibitivos previstos en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y al retardo perjudicial; innovativas o modificativas, como el beneficio de pobreza, la interdicción, el deslinde y las medidas preventivas en general.

Les otorga características tales como ser procedente contra actos administrativos ilegales, pero improcedentes en los casos de abuso de autoridad, estableciendo en principio una distinción con los actos judiciales, ya que estos no serían susceptibles de vía interdictal en razón de estar revestidos de la autoridad del Estado; improcedentes cuando media una relación jurídica contractual (advierde que la doctrina francesa la estima admisible para evitar la justicia por mano propia, e inclusive señala que Borjas la admite y toma de los autores procesalistas italianos que en opinión de Cuenca ya la observaban como discutible); Así mismo le estima concedible entre comuneros, incluso señalando en sentido contrario a la mayoría de la doctrina actual “...el comunero no es poseedor precario a nombre de la comunidad, sino poseedor por sí y por tanto puede ser amparado o restituido cuando el colega le impide la participación en el goce común de la cosa...”; señala que es admisible la querrela del comunero contra los terceros cuando obra en nombre de la comunidad. Piensa que en esa materia no existen sentencias como tales sino decretos, los cuales no requieren motivación en iguales términos que la sentencia en forma, así como de ser determinaciones provisionales; los califica de juicios que se desarrollan al revés, por cuanto se inician mediante el decreto interdictal que concede *ad initio* la protección (pretensión) del recurrente; considera que no es menester la citación formal de partes querelladas; que este juicio sólo produce cosa juzgada formal y estaba diseñado en dos partes, la sumaria y la plenaria.

En cuanto a los interdictos prohibitivos Cuenca comienza afirmando que no son procesos posesorios en puridad de conceptos. Y afirma su opinión de que no lo son sobre consideraciones tales como, “...desde el punto de vista subjetivo se dan no sólo al poseedor, sino a cualquier persona, o como se dice en Italia al ‘denunciante’; ... desde el punto de vista objetivo que se propone la tutela, en los primeros se pide la devolución de algo, los prohibitivos son medidas de prevención; además en los primeros el daño ya está causado e implica corrección, los prohibitivos se intentan antes de terminar la obra nueva y de que ocurra el daño de obra vieja”. En relación con su naturaleza, citando a Messineo, los cataloga de “...Son acciones genéricas en tutela de diversos derechos, no vinculados a figura alguna como la posesión (no son posesorios) pues son admisibles en favor del no poseedor...”.

Luego establece las diferencias entre la obra nueva y la vieja citando a distintos autores, y aquélla según Ramiro Antonio Parra “...es el cambio de estado de los inmuebles, originados por construcciones artificiales ejecutadas en el suelo propio o ajeno, o sobre cosas adheridas a éste, y que sea capaz de producir temor fundado de ocasionar perjuicio...”; luego cita a Arminio Borjas al expresar que en el temor fundado “...El perjuicio debe nacer de la ilegitimidad del hecho que lo ocasione, nunca de los actos ejecutados en legal ejercicio de un derecho...”. Luego Cuenca afirma que este último criterio no es compartido por Ramiro A. Parra por cuanto “...no es razonable que aun cuando proceda con derecho el constructor pueda ocasionar perjuicio impunemente a sus vecinos”.

En cuanto a la obra vieja trae a colación a Ramiro Antonio Parra quien en torno al sujeto activo expresa: “...el promovente de la acción por daño temido no puede ser sino el que tema ser perjudicado en sus intereses materiales, porque no es otro el significado de las palabras de la ley Quien tuviere motivo racional para temer que un edificio ... amenace con daño próximo un predio u otro objeto poseído por él’...”.

o) El Deslinde. De nuevo encontramos un folio, escrito a mano con lápiz de grafito, destinado a citar una bibliografía integrada por autores venezolanos sobre la temática y entre otros nombra a Alegría Aristigueta Benito, Godoy Fonseca Pablo, González-González Pedro, Graterol Roque José Vicente, Parra Ramiro Antonio, Pietri Alejandro, Feo Ramón, Borjas Arminio, Pedro P. Del Castillo, Viso Julián, Yáñez Travieso Alfredo, Sanojo Luis y Reyes Pedro Miguel (estos tres últimos en bolígrafo).

Inicia su escrito el autor definiendo a la institución como “...deslinde es la fijación provisional de una línea divisoria entre dos fundos confusos o cuya división es ignorada...”, y cita a Ramón Feo con su opinión “...es la fijación o aclaratoria convencional o judicial de los límites entre dos o más propiedades...” Finalmente Cuenca termina estableciendo que “...Efectivamente, el deslinde tiene lugar cuando hay linderos confusos o se ignoran”.

Comenta la opinión de Sanojo, quien sostuvo que el deslinde era una acción (pretensión) petitoria, real, y señala que quien sea afectado por la fijación del lindero (provisional) no podrá recurrir inmediatamente al juicio ordinario para reivindicar, por cuanto este conflicto tiene como vía de solución el recalamiento en el ordinario que ya está inmerso en el proceso especial de deslinde. Así lo previó el artículo 648 del código procesal de 1916, y hoy reitera en cuanto al fondo el artículo 725 del código procesal vigente.

El autor se adentra en un conjunto de consideraciones sobre la naturaleza del deslinde, sus orígenes en el derecho romano como una de las tres acciones divisorias y denominada *finium secundorum* (la frontera de los segundos), denominación esta que ha llevado a la idea que su naturaleza, entre acción real o personal, es mixta: real cuando atribuye propiedad y personal cuando se limitaba a verificar los antiguos linderos, y cita la opinión de Ramiro Antonio Parra para quien esa concepción dualista parte de un error sobre la idea romana, la cual era en realidad referir el doble rol que se le atribuye a las partes en ese proceso, el carácter común de actor y demandado desde el inicio del proceso (juicio doble). También reseña el criterio de Parra para quien la acción es personal.

Posteriormente comenta el criterio de la doctrina alemana que le cataloga de “contrato judicial”, y que Núñez Lago califica de “contrato de fijación jurídica”, señalando Cuenca “...esta concepción alemana desnaturaliza el carácter jurisdiccional del deslinde, puesto que conforme a nuestro C.P.C., se pueden oponer excepciones dilatorias o de inadmisibilidad (art. 646 C.P.C.), pues en todo caso, haya acuerdo o no, el juez debe fijar un lindero provisional mientras se

decide la oposición (art. 647). Si el señalamiento es pacíficamente aceptado estamos frente a un caso de auto-composición procesal, de carácter conciliatorio, por la presencia del juez.”.

Luego Cuenca cataloga al deslinde como una medida cautelar por las siguientes razones “...1) la línea que traza el juez es provisional; 2) produce cosa juzgada formal, pero no sustancial, pues quien crea que le han quitado una franja de terreno puede ir a juicio ordinario”.

Continúa su opinión diciendo: “Se lleva a cabo al aire libre, en asamblea, con la concurrencia de todos los vecinos, escritura en mano. Este es uno de los pocos actos externos, pues son pocos los realizados fuera de la sede del tribunal y sin techo, al aire libre. Carnelutti lo ha llamado ‘adunación externa’ (‘Pic-nic judicial’ lo hemos llamado nosotros)”. Consideramos importante transcribir un párrafo de la obra analizada cuando asume el tema de distinguir el deslinde de la reivindicación y expresa:

“El deslinde es fuente de varias acciones. Conforme a la moderna doctrina implica una pluralidad o coexistencia de derechos y no un derecho simple y único; estas facultades son: a) un derecho real (rectificación de linderos o incorporación de una faja del terreno ajeno al propio, por remoción de linderos, en este caso la acción es reivindicatoria; b) pluralidad de derechos personales (fijación de hitos, verificación de hitos si acaso han sido removidos o desfajados; y c) la pretensión procesal del deslinde, pura, que se dirige por uno a todos los colindantes, en caso de linderos confusos o ignorados que se limita a una fijación provisional, que no produce estado, que tiende a evitar la justicia por sí mismo, pero que en caso de oposición conduce al juicio ordinario”¹⁴. Aún en estos tiempos, la utilización de las dos figuras de modo confuso y la jurisprudencia insegura en cuanto a los criterios rectores para su diferenciación constituye una deuda con la seguridad jurídica para los litigantes.

Luego Cuenca desarrolla la institución adjetiva y analiza el escrito de la demanda con especial referencia a la obligación libelar de señalar la “...pretensión y sitio por donde aspira que se trace la línea divisoria...”, lo cual es un requisito específico del libelo de deslinde, atendiendo a un elemento esencial de esa pretensión; el trámite citatorio, la interposición de excepciones, la oposición al lindero provisional, las pruebas y la sentencia.

p) Oferta y depósito. Cuenca trabaja el proceso de pago *sui generi* conocido como oferta real de pago y posterior depósito, y lo define señalando que es “... un

¹⁴ Cuenca cita textualmente a Pedro González-González quien en su obra “Deslinde de Tierras” hace comentarios a un caso concreto en cuyo desarrollo se observa esa confusión entre reivindicación y deslinde, así como el manejo a conveniencias que del asunto se hacía, y se hace, por parte de los litigantes en el ejercicio judicial diario. Existe una nota en lápiz de grafito en la cual se lee “...opina que siempre el deslinde es un juicio”.

procedimiento destinado a la solución de un crédito no solo por el deudor sino también por cualquier tercero interesado. El pago debe hacerse en el lugar convenido, en el lugar donde está la cosa si es cuerpo determinado y en su defecto en el domicilio del deudor...” parafraseando el artículo 689 del Código de Procedimiento Civil de 1916.

En cuanto a la naturaleza jurídica cita a Borjas y señala ‘El ofrecimiento real... consiste en la exhibición efectiva de la cantidad o cosa debida, con la expresa declaración de que se está dispuesto a entregar al acreedor, si quiere recibirla. El depósito consiste en desprenderse el deudor de la posesión de la cosa ofrecida con los frutos o intereses vencidos correspondientes, en el lugar indicado por la ley para tales efectos’.

Cuenca opina que desde el punto de vista sustancial la oferta real y el depósito es una manera de extinguir las obligaciones, pues desde el punto de vista procesal es una medida cautelar dirigida contra el actor (acreedor) y de carácter provisional. (la expresión utilizada dentro del paréntesis es nuestra por parecer lo que exige el contexto en el cual Cuenca dice “... Pues desde el punto de vista procesal, es una medida cautelar, dirigida contra el actor y de carácter provisional”). Así mismo indica que el referido proceso se desenvuelve en dos fases, la primera para el ofrecimiento o propuesta de pago, y en la segunda es la verificación del depósito o consignación de pago.

Cita a Borjas quien habla de dos fases distintas por su naturaleza una de jurisdicción voluntaria como es la propuesta de pago y la actividad para que esa voluntad se conozca por el acreedor, la segunda dependerá de la conducta de éste cuando lo acepta o se niega a acceder a la pretensión del actor. En concepto de Cuenca la primera fase es realmente un antejuicio y si se objeta el ofrecimiento se sigue el trámite por el juicio breve. Los artículos 693 y 694 del código procesal de 1916 trae un modelo de juicio breve con lapsos iguales, pero conceptualmente distintos, sin embargo, podemos afirmar que es un modelo de juicio breve.

Entre otros comentarios Cuenca señala que es un procedimiento contentivo de una forma de extinción de las obligaciones, concretamente del pago, citando el artículo 1306 del Código Civil. Señala que ese mecanismo procedimental fue eliminado en el código procesal italiano de 1942 para introducir el proceso monitorio, y se inclina por su eliminación del articulado y su tratamiento como parte del juicio breve; que el ofrecimiento de pago en tanto es una oferta real debemos distinguirlo del ofrecimiento del tercero para pagar en nombre del deudor y de la cesión de un crédito en compensación; no debe ser sometido a requisito de término o condición pero si se pueden hacer ciertas reservas legítimas como exigir la devolución del título contentivo del crédito; estima que no es posible hacer oferta real de pago bajo protesta y que se puede pagar en fecha anterior al término concedido.

Finalmente narra el recorrido procesal, y señala distintos casos en los cuales el acreedor está exonerado de hacer el trámite de oferta real, tales son, a) ciertos

títulos y ofertas negociables al portador particularmente el caso de la letra de cambio en la cual a falta de presentación al cobro, valiéndose del artículo 450 del Código de Comercio señala la posibilidad de consignar el monto de la cambial, y que desde ese momento el crédito pasa a ser riesgo del portador; b) cuando es un cuerpo cierto, porque entonces es suficiente con que manifieste la voluntad de entregarla y en ese caso transportarla al lugar convenido o señalado por la ley; c) cuando el crédito es embargado por un tercero, debiendo distinguir, cuando la desposesión ocurre antes de la oferta porque en este caso se paga al depositario, y en caso de que el embargo ocurra durante el trámite de la oferta real, la medida cautelar quedará en suspenso hasta que se declare la validez o nulidad del ofrecimiento, como prevé el artículo 696 del código procesal de 1916 y el 827 del vigente; d) si existiendo controversia sobre la cosa ofrecida muere el acreedor y el heredero o legatario no han aceptado la herencia o legado el deudor queda excusado de la oferta; e) cuando el acreedor es un incapaz y para el momento de la exigibilidad de la obligación carece de representante legal, debe esperar que se haga el trámite para que alguien sea investido de tal carácter; f) cuando muere el titular del crédito (acreedor) y se ignora quienes son sus herederos el deudor debe esperar que estos aparezcan, con la excepción que la herencia sea reputada como yacente, porque en este caso debe ofertarse en la persona al curador.

q) El retardo perjudicial. Cuenca le define *lato sensu* como una medida cautelar que procura corregir la demora maliciosa del actor o de quien eventualmente lo sea, o la posibilidad que desaparezcan medios probatorios que la ley le conceda al eventual demandado para que haga factible y oportuna su defensa. Esto significa que el retardo perjudicial es una figura bifronte, se utiliza tanto para evitar la conducta nociva del sujeto que se dice titular de un derecho que no ejerce (acción de jactancia en términos concretos), o cuando el transcurso del tiempo atenta contra el desarrollo, promoción y evacuación de un medio probatorio de un sujeto de derecho que bien pudiera ser actor o demandado.

La temática sobre la figura del retardo perjudicial debe partir de su recorrido histórico, y por ello Cuenca hace señalamiento que su origen se ubica en el derecho romano, y obedecía preferentemente a la división de la sociedad en clase, ya que su presencia estaba destinada fundamentalmente a defenderse contra la ofensa de ser motejado como esclavo el hombre que era libre, y si el ofensor no lograba probar en juicio su afirmación era condenado a silencio eterno, (*impositio silenti*). Afirma el autor que este juicio de jactancia (*iactatio*) es el origen de la acción declarativa, lo cual va a influir en el concepto de nuestro código procesal vigente, cuando en su artículo 16 desarrolla la acción declarativa, vinculada con el interés, y ha omitido la acción de jactancia concreta.

Señala Cuenca que en las Partidas el retardo perjudicial existía bien por jactancia o bien por molestia; refiere su existencia en el código arandino (se hablaba de la afirmación de la condición de esclavo del hombre libre) y afirma que en nuestro derecho una vez desaparecida la esclavitud solo quedó el retardo perjudicial por desaparición de la prueba. En efecto, el código procesal de 1916 a

tenor del artículo 672 señala que “...procede cuando hay demora maliciosa del actor en promover su demanda, o temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente”.

Así la exposición de motivos del vigente Código de Procedimiento Civil, cuando refiere la razón del actual artículo 16 hace notar que le concedió especial significación al interés de las partes para obrar en juicio y a la demanda de mera declaración, que en el código derogado (1916) se tenía que deducir del artículo 14. Se explica en la referida exposición:

“Notable significación han atribuido los proyectistas a la consagración de una norma expresa sobre el interés que deben tener las partes para obrar en juicio y a la posibilidad de las demandas de mera declaración, que hoy es sólo un principio doctrinal y jurisprudencial deducido del artículo 14 vigente. Se establece así en el artículo 16 del proyecto, que para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual, y que este interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica.

Sin embargo, a fin de no dejar a la interpretación jurisprudencial el alcance y límites de esta demanda de mera declaración, se acoge en el Proyecto la limitación aconsejada por la mejor doctrina, según la cual no es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una demanda diferente”.

Sin duda las observaciones que hace la doctrina nacional (Borjas, Cuenca, Feo y Sanojo, entre otros) condujeron a una modificación importante del procedimiento de marras ya que su actual estructura, está diseñada sólo para la prueba anticipada. Entre otras modificaciones observamos que el legislador de 1916, hacía facultativo la instrucción del justificativo en su artículo 673, cuando afirmaba que para preparar la demanda el demandante “puede instruir justificativo”, el vigente código al artículo 814 le convierte en instrumento fundamental e imperativo al expresar “deberá instruir justificativo”; así mismo el legislador de 1916 no prevenía expresamente la prohibición de probanza alguna en ese proceso, pero la doctrina, Borjas por ejemplo, señalaba que no era posible evacuar anticipadamente las posiciones y el juramento decisorio, nuestro vigente código en su artículo 816 expresamente prohíbe la prueba de confesión.

En ambos códigos se prohíbe el recurso de apelación a la parte pasiva en este procedimiento especial, lo cual conlleva necesariamente a la imposibilidad de recurso casacional, pero no impediría la invalidación de sentencia ni los recursos especiales de amparo constitucional o revisión constitucional, a tenor de las previsiones constitucionales de 1999; igualmente se mantiene la competencia territorial en su doble posibilidad para que conozca la Primera Instancia del domicilio del demandado o el de lugar en el cual se harán valer las pruebas, todo a elección del demandante.

Finalmente, el proyectista señala expresamente que el Título "...que trata del *retardo perjudicial*, no contiene reformas sustanciales y mantiene la regulación vigente".

r) Cuenca dedicó las siguientes páginas a lo que en su texto denomina como procesos de familia, e inicia su análisis en un folio en el cual relaciona el contenido de los mismos, señalando lo siguiente: lo relativo al matrimonio, y particularmente la oposición, suspensión y nulidad de éste, el divorcio, y la separación de cuerpos; los relativos a la incapacidad, concretamente al nombramiento, oposición y remoción de tutores y curadores, inhabilitación e interdicción y pérdida de la patria potestad; la oposición al matrimonio, refiriendo los sujetos, las causales, la competencia, decisiones previas y el juicio ordinario; el matrimonio señalando el contenido desde el punto de vista del derecho sustantivo; y, la nulidad del matrimonio, las causales según la reforma de 1916, la función del ministerio público, la conceptualización del orden público, y el juicio ordinario de nulidad. Así mismo desarrolla la temática sobre el juicio de alimentos y la rectificación de los actos del estado civil.

Con posterioridad al trabajo del profesor Cuenca toda la materia relativa a los juicios de familia, incluyendo el matrimonio, su nulidad, el divorcio, ha sido objeto de trascendentales reformas, por lo cual nos tomamos la licencia de exponer algunos criterios que conserven importancia para el tiempo actual. En efecto, la reforma del Código Civil del año 1982 afectó profundamente las normas sustantivas y las procesales relativas a la familia, así como las reformas sobre leyes de protección a niños, niñas y adolescentes, el registro civil y las normas constitucionales de 1999 y su jurisprudencia sobre importantes artículos del ámbito constitucional, particularmente el artículo 77, cuando se refiere al matrimonio y las uniones estables de hecho.

En general, el Capítulo V del Título III que se refiere a los derechos sociales y la familia, contiene importantes transformaciones de su conceptualización, lo cual indudablemente modifica el concepto que se pueda ver reflejado en los textos anteriores sobre estas normativas. Colateralmente existen disposiciones en materia de derecho social, como laboral e inquilinato, que conceden a la familia algunos beneficios y derechos que para entonces no era posible desarrollar.

Más sin embargo, seleccionamos algunas ideas de Cuenca que pudiesen tener influencia en los tiempos actuales, tales como inusuales motivos de oposición al matrimonio como la existencia de la lepra, porque el matrimonio entre un leproso y una persona sana estaba prohibido, más no, entre hombre y mujer leprosos, siempre que en este último caso, el hombre consienta en su esterilización, y Cuenca señala que se hacía no por un problema de contaminación hereditaria sino por el contagio de los niños y eventualmente la separación de estos de sus padres o de estos entre sí. Hoy en día tales consideraciones tendrían sentido en el caso de enfermedades como el VIH/SIDA, sífilis, hepatitis B, entre otras, lo cual nos lleva al asunto del planteamiento de los Derechos Humanos, como se concibe en la actualidad, todo lo cual queda sujeto a la permanente discusión en el ámbito jurídico.

Cuenca nos refiere que en la reforma del Código Civil del 09 de abril de 1904, que se mantuvo en el código del 04 de julio de 1916, la nulidad del matrimonio procedía de oficio si estaba fundada en causales de orden público, que éste último (Cuenca elabora su trabajo con el Código Civil del 01 de octubre de 1942) declaraba aplicable en los casos de matrimonio entre menores de 12 y 14 años, entre orates y parientes en grados no dispensables; señalando que esa nulidad oficiosa se hacía en juicio ordinario pero inclusive por iniciativa del juez

El autor hace una serie de consideraciones sobre los antecedentes históricos del divorcio y su inexistencia antes del Código Civil de 1904, cuando sólo existía una figura similar a la separación de cuerpos, y que este código en su artículo 151 y siguientes reguló por vez primera el divorcio civil. Así mismo, dedica un acápite al fundamento social del divorcio y la opinión del Dr. Alejandro Urbaneja y su influencia sobre el general Cipriano Castro y transcribe los fundamentos de la comisión redactora del código, en la cual se exponen las razones para la recepción del divorcio civil en el país; llegando Cuenca incluso a narrar circunstancias que en los tiempos de la colonia, tales como los viajes a América y la separación de los cónyuges, como consecuencia de ello y la tradición e importancia que él le atribuye a las separación fáctica y considerar que la separación de hecho “... tenía ya una fuerte tradición hispánica”.

En cuanto a la separación de cuerpos nos refiere que en los códigos civiles de 1904, 1916 y 1922 la separación de cuerpos por mutuo consentimiento concedía un término de 5 años para que se produjera el derecho a la ruptura del vínculo matrimonial, y que el del 01 de octubre de 1942 redujo a 2 años (el código del 26 de julio de 1982 a su vez reduce a 01 año).

s) El arbitraje. Cuenca nos presenta sus opiniones sobre lo que denomina procesos independientes dentro de los cuales incluye el arbitraje y el juicio de cuentas. Con respecto al arbitraje lo conceptualiza como “...es la solución de un conflicto por medio de jueces elegido por las partes...”, señalando que tiene un origen romanístico y presenta como ventaja el ser más rápido, barato y mejor, que en su presencia influye el temor a la intervención estatal, y como desventaja que los árbitros con frecuencia se sientan representantes de las partes. Indica que en Alemania está prohibido el arbitraje “... impuesto por una parte superior a otra económica o socialmente, redactado a favor de uno solo en tribunales arbitrales públicos para cuestiones administrativas”.

Con respecto al juicio de cuentas lo define como “... la demostración que hace una persona acerca de la gestión económica realizada en beneficio de otra. O también la demostración de las cantidades recibidas y demostradas en una administración”; le concede la naturaleza de ser una obligación de *facere*, al cual considera que se puede exigir como un ante juicio de carácter administrativo declarativo.

Hace una distinción según la cual el Código de Procedimiento Civil de 1916, en su artículo 654 “... Sólo prevé la rendición para obligar al que se niega, pero

no la obligación de revisarlas cuando el obligado quiere rendirlas y el dueño se niega a recibirlas”. En realidad, igual observación puede hacerse al juicio de cuentas del código de 1987, previsto entre los artículos 673 y 689.

t) Finalmente, Cuenca trabaja la jurisdicción voluntaria y hace las siguientes consideraciones: conceptualiza a la jurisdicción voluntaria como “... el acto unilateral que tiene una finalidad preventiva y constitutiva de carácter jurisdiccional...”. De este modo fija postura sobre algunos tópicos de la materia que, aún hoy en día, originan discusión y los consecuentes desacuerdos en la doctrina y la jurisprudencia. Así lo califica de unilateral, y obliga a pensar en un acto en el cual a instancia de una parte (que bien pudiera ser pluripersonal) se activa el ente público para atender una pretensión de ésta; con una finalidad preventiva, entendemos que el autor utilizó el adjetivo, en el sentido de tomar una precaución general que no jurisdiccional, no queriendo identificarlo como perteneciente al mundo de lo cautelar procedimental propiamente dicho; y finalmente expresa su criterio de una actividad propia de la parte del poder del Estado destinado a resolver conflictos de intereses subjetivos existentes o potencialmente verificables.

Identifica tesis modernas que explican las diferencias y contenido de la jurisdicción graciosa como la clásica de Wach y Chiovenda de naturaleza constitutiva; la preventiva de Carnelutti; la tesis administrativa de Calamandrei y Rocco; y, la de la teoría de la jurisdicción única sostenida por Rafael De Pina. El contenido conceptual de estas diversas tesis lo resume Cuenca en el siguiente párrafo:

“Resumen.- 1.- Teoría tradicional. Caracteres: litigio sin contienda con intervención de una sola parte; 2.- Teoría constitutiva de Wach y Chiovenda: es una relación exclusivamente constitutiva de derecho; 3.- Cosa juzgada: no produce cosa juzgada, pero en la jurisdicción contenciosa, las provisionales tampoco lo producen; 4.- Preventiva: Según Carnelutti sirve para prevenir el litigio, la contenciosa, en cambio, para solucionarlo. 5.- Administrativa: según Grispi y Calamandrei, no tiene naturaleza jurisdiccional sino administrativa, es una actividad que escapa a los órganos de la Administración por razones de garantía. 6.- Jurisdicción: Según De Pina es absurda la diferencia no debe existir sino una jurisdicción única, pero todo depende del legislador. Se dice que no es jurisdicción porque es administrativa, que no es voluntaria porque la decisión es obligatoria, que no es graciosa porque no es un favor ni una gracia.”

Luego Cuenca señala las especificidades de la jurisdicción voluntaria y la identifica como 1. Unilateral, sólo obra en el procedimiento una parte; 2. no produce cosa juzgada. Es de anotar que el código procesal de 1987 a diferencia del de 1916 contiene una disposiciones generales para regir este modelo procedimental, y expresamente señala al artículo 898 que las determinaciones del juez en esta materia no producen cosa juzgada, pero crean una presunción desvirtuable (*iuris tantum*) para el favorecido por aquéllas, así como le confiere

al derecho beneficiario la condición de propietario de buena fe; 3. tiene apelación pero no casación (este precepto sobre recurribilidad está en el vigente código al artículo 896, desde luego que así lo declara expresamente, pero al no figurar en el elenco de decisiones recurribles en casación -Art. 312- por el carácter extraordinario del recurso casacional se les considera irrecurribles)¹⁵.

Finalmente, el autor en estudio clasifica los actos de jurisdicción voluntaria en 1. relativos al estado y capacidad de las partes, como el matrimonio; 2. actos relativos a la tutela; 3. actos testamentarios; y, 4. actos notariales, entre estos incluye la entrega material de bienes vendidos, notificación de retracto y la cesión de créditos.

3.4. Veamos ahora el segundo legajo del Tomo IV, sobre cuyo contenido hacemos un comentario inicial. En él se trabaja *brevemente* diversos asuntos, y se inicia con una parte dedicada a las materia cautelar jurisdiccional; luego en el tema de las otras incidencias, bajo el mote “De otras incidencias que pudieran presentarse” (equivalente al 607 del código procesal vigente, en el cual se le titula “De otras incidencias” a secas); la tercería; el recurso de casación, la ejecución de la sentencia, análisis del embargo ejecutivo, la figura del depositario, la oposición al embargo, el remate, los carteles, subasta y venta, consignación del precio pagado; el arbitramento, los árbitros, recursos incluyendo apelación y nulidad.

Luego el autor analiza algunas figuras que ya han sido estudiadas en el TOMO IV, tales como la vía ejecutiva; ejecución de hipoteca; oposición y nulidad del matrimonio; el divorcio; la partición de bienes comunes, en sus dos especies, la amistosa y la judicial; el interdicto, tanto los posesorios como los prohibitivos; el concurso de acreedores; deslinde de predios contiguos; el juicio de cuentas; el retardo perjudicial; desarrolla de nuevo sus opiniones sobre el juicio de alimentos, el cual ha tratado en los que anteriormente denominó “procesos de familia”; en esta misma categoría repite lo relativo a la rectificación de actos del estado civil; también incluye su particular análisis de las demandas de rentas públicas; oferta real y depósito; los juicios breves; y, el recurso de queja.

Veamos *grosso modo* algunos procesos que el autor analiza de trámites particulares.

Tales son:

a) Las medidas preventivas. Cuenca desarrolla el aspecto cautelar partiendo del concepto de ser las cautelas preventivas una creación para establecer “...una

¹⁵ Actualmente la doctrina venezolana discute de manera profusa el tema de la recurribilidad de las determinaciones o decisiones en sede de jurisdicción voluntaria. Entre otros muchos autores Humberto E. T. Bello Tabares en su obra *La casación civil*. Propuestas para un recurso eficaz y constitucional (Ediciones Paredes, Caracas, 2010, pp. 347 a 360) hace un extenso estudio sobre este asunto.

forma coactiva que asegure a las partes los medios para que no se hagan nugatorias las sentencias recaídas. son esos medios, los llamados ‘medidas preventivas’”. es decir, parte de una concepción asegurativa/punitiva de la institución.

El autor vincula a la cautela con el principio de la igualdad ante la ley, consagrado en el código procesal de entonces en el artículo 21, y actualmente en el artículo 15. Así mismo comienza sus notas hablando sobre la medida cautelar típica del secuestro; explica que el secuestro pasó de las leyes españolas coloniales al código arandino, en el cual se le hicieron importantes modificaciones, y se incluyó el arraigo, medida de índole personal que impide la salida del país de la persona sobre la cual se concedía y que cesaba si el demandado era citado; señala que posteriormente se agrega la prohibición de enajenar y gravar la cosa, objeto de la demanda, se limitó el secuestro a la cosa litigiosa y se crea la medida de embargo.

Cuenca diferencia el secuestro y el embargo en que aquel “... se limita a la cosa objeto de litigio, como por ejemplo de desocupación, que contra el arrendatario se solicita el secuestro y no el embargo. Este en cambio, puede versar sobre todos los muebles de que este en posesión la persona contra la cual se decreta.”

Luego de examinar los tres tipos de medidas cautelares, en los cuales se corresponde su identificación con el concepto clásico de las medidas cautelares, y que para el momento de la autoría no había sufrido los embates de un concepto del proceso destinado a garantizar derechos humanos, derechos sociales, etc., así como quienes actualmente planteamos que las medidas cautelares exceden el fin asegurativo, para ceder como primera importancia la de ser un instrumento al alcance de los litigantes para garantizar la concreción de un estado de justicia del debido proceso y del derecho a la defensa.

Cuenca desarrolla lo relativo a la fianza y la oposición a ésta; así como la oposición al decreto cautelar con su respectivo trámite, para finalmente introducirse en lo que se conoce en el código y hemos mencionado *supra* como otras incidencias previstas en el artículo 386 equivalente al artículo 607 del código procesal vigente.

b) También desarrolla el denominado recurso de queja, lo cual inicia con la crítica al nombre ya que no es un recurso sino un juicio, al que cataloga de poco efectivo por cuanto lógicamente tiende a proteger a los miembros del tren judicial, pero que se admite porque se le considera una especie de amparo a los particulares “... Contra la actuación dolosa o negligente de los jueces, ya que nadie ha sido obligado a aceptar el cargo judicial. Ahora bien, cuando el caso reviste caracteres dolosos, se impone es el procedimiento criminal correspondiente...” Menciona las causales taxativas por la cual procede la demanda de queja para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces en materia civil.

4. Tratamiento de la *actio exhibendum* en la obra inédita de Humberto Cuenca

El autor hace un conjunto de observaciones que refleja el estado de teorización y práctica que presentaba esta temática para el momento en el cual Cuenca construye su escrito. En ese sentido, y en aras de una eventual utilidad para el presente de nuestra legislación, destacamos las siguientes.

a. Concede un origen romanístico a la forma probatoria, la cual luego se incorpora al derecho del Reino de España y en nuestro país se recepciona desde el código procesal de 1836 (Código de Procedimiento Judicial del 19 de mayo de ese año, conocido como Código Arandino).

b. La exhibición no es un medio de prueba técnicamente hablando es sólo “...un medio de traer a los autos las pruebas que se encuentren en manos de las partes o de terceros...”. Podemos observar que efectivamente el código procesal común de 1916 inserta la figura en el único aparte del artículo 288, el cual esta referido a “De los medios de prueba y de la promoción”, pero el legislador en al acápite que le dedica deja ver que la figura se utilizaría para dos posibles propósitos, tales como a) la exhibición de la cosa o del instrumento que esté vinculado al litigio; y, b) la exhibición de los mismos objetos para hacer una prueba conducente al caso concreto. De modo que la observación del escritor estudiado es adecuada.

c. Según Cuenca “...en lo concerniente al objeto de la exhibición, diremos que tiene por objeto las cosas, siempre que se trate de cosas que tengan valor como, por ejemplo: una prenda de vestir que sea valiosa como un diamante. También puede tener por objeto documentos contentivos de obligaciones valiosas”.

d. En cuanto a los extremos que el solicitante de la presentación del medio probatorio debe llenar Cuenca explica que son: 1. Demostrar la existencia de la cosa o del instrumento cuya presentación se pide. 2. Demostrar la posesión, en poder de alguien, de la cosa o documento en referencia. Por ello deja claro que la posesión (o simple tenencia, agregamos) puede tenerla un tercero o la parte peticionante; e inclusive afirma que se puede utilizar la fuerza pública para hacer efectiva la exhibición del documento o cosa.

e. En cuanto al trámite para la presentación en juicio de la cosa requerida observa que la solicitud debería ante el juez, y éste fijará al presunto poseedor de la cosa o instrumento de que se trata día y hora para la exhibición; así el obligado a exhibir en el tribunal, deberá ser notificado de esa determinación judicial. El juez ordenará la comparecencia para la exhibición para la quinta audiencia después de la solicitud o admisión.

f. Conducta procesal del requerido. Éste podrá adoptar varias posturas, tales como: a) Convenir en realizar la actividad solicitada, y entonces el juzgador transcribe el contenido del documento o misiva, las características identificadoras

de la cosa exhibida, lo cual será establecido y certificado por el juzgado en los autos. b) Caso de negativa a exhibir se abre una articulación probatoria, de conformidad con el artículo 386 del código procesal general relativo a las incidencias indeterminadas (regulado en nuestro vigente código, *mutatis mutandi* en el artículo 607), para que las partes demuestren que la cosa o documento existe, y sin perder de vista que generalmente el requerido a exhibir tratará de evitar o minimizar el impacto de la concreción de la exhibición. La norma procesal citada contiene un sistema normativo similar a los actuales 436 y 437 del código procesal general, como veremos *infra*.

g. En caso de negativa a exhibir la incidencia probatoria que surgirá será de ocho audiencias, sin término de distancia, y en la novena audiencia el juez está en la obligación de decidir si se debe exhibir o no la cosa. Afirma Cuenca que en caso de ordenar la exhibición y que el poseedor se niegue a ella, el juez puede usar la fuerza pública para que se realice la exhibición.

h. El autor en estudio hace unas consideraciones sobre la valoración de la prueba obtenida por esta vía, y expone “Ha admitido nuestro legislador que la exhibición se presume a favor del solicitante, y si el que debiera exhibirla no lo hace se declara como cierto lo alegado por el solicitante del contenido del documento que pide sea exhibido. La razón de ser del uso de la fuerza pública para la exhibición forzosa o coactiva, en caso de negación a ella, es de prestarle fuerza probatoria al instrumento privado de que se trate. En la práctica los jueces no han querido utilizar la fuerza pública o coactiva, se limitan tan solo a dar por cierto la afirmación de lo que hace el solicitante del contenido de la cosa o documento que pide sea exhibido, pero la ley no estatuye nada a tal respecto”.

4.1. ¿Cómo regula el vigente Código de Procedimiento Civil la exhibición de documentos? En los artículos 436 y 437 del vigente código procesal común se prevé la figura de la exhibición de documentos tanto de la parte como de terceros; y se diferencia del texto de 1916 (Sección 2º, Título II del Libro Segundo del código) porque en éste, aunque se le trata como un medio de prueba la exhibición, es de mayor entidad (documentos y cosas). Al igual que en la consideración de Cuenca buena parte de la doctrina latinoamericana le trata como un medio de aportación probatoria y no una probanza en sí misma inclusive con relación a los terceros, como veremos enseguida, Amén de la reducción del objeto exhibible que en el código de 1987 se estableció.

Así vemos que en la exposición de motivos los juristas proyectistas le señalan a la Comisión Legislativa del Congreso de la República (documento de 1984) lo siguiente:

“En la sección 2a, se trata de la exhibición de documentos, y se introduce una nueva regulación, no existente en la actualidad, que hace más eficaz esta prueba y contempla los efectos que se producen por la negativa de la parte a exhibir el documento.

Sin embargo, se deja a la prudencia del Juez, cuando la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas, las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen (Art. 436).

Finalmente, se establece también la obligación para el tercero en cuyo poder se encuentren documentos relativos al juicio, de exhibirlos a solicitud de la parte, salvo que invoque justa causa a juicio del juez (Art. 437).”

4.2. ¿Cómo observa la doctrina nacional a la exhibición y su regulación actual? Como observamos la exposición motivacional utiliza un lenguaje críptico, y ello no permite entender cabalmente cuál es esa nueva regulación, lo cual nos obliga, a acudir a la opinión expresa y profunda de Aristides Rengel Romberg¹⁶ quien explica los siguientes factores: a) La *actio ad exhibendum* se creó por causa de las vindicaciones; que Paulo entendía por exhibir manifestar ante el juez para el que pide pueda litigar; y que la acción era de naturaleza real sobre bienes muebles animados y no animados así como los no movibles con la finalidad de preparar la reivindicación, más sin embargo, el actor que citamos entendía que era una acción personal limitada por ejemplo para reivindicar cosas que se habían unido, pero que se pudiera pretender separar y vindicar.

b) Históricamente señala que la *actio ad exhibendum* no ha tenido gran aplicación, que el Código Arandino no lo menciona como medio de prueba si no como reconocimiento judicial o vista ocular, que es realmente la inspección ocular o judicial; que igualmente se regulaba en los códigos de 1863, 1880, y 1897, que fue el código de 1904 cuando se le regula por primera vez en la sección de los medios de prueba, cuando se previó “... puede también, pedirse la exhibición de la cosa o del documento que sean objeto de la acción o que fuera necesarios para hacer una prueba conducente. En uno u otro caso el poseedor puede ser obligado a exhibirlos, para lo cual estimará el juez las circunstancias; todo sin perjuicio de disposiciones especiales”; que se reguló aparte de la inspección ocular y quedó así hasta el código de 1916, y que en opinión del autor “Bajo dicho código de 1916, la exhibición de documentos era muy poco efectiva. En general se consideraba que la negativa de la exhibición ordenada por el juez, sólo podía ser fundamento de presunciones... así mismo, era doctrina pacífica, que correspondía al arbitrio del juez imponer o no al poseedor de la cosa o instrumento la exhibición de estos”¹⁷.

c) De modo que el proyectista señala que esa nueva regulación está más acorde con su propia naturaleza, no le trata como medio de prueba, sino que le regula en el capítulo que habla de la prueba por escrito, que le limita a los documentos (no cosas ni personas), establece los efectos de la negativa de

¹⁶ Aristides Rengel Romber, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según el nuevo código de 1987)*, Volumen IV, editorial Arte, Caracas, 1997, pp. 269 a la 281.

¹⁷ *Ibidem*, p. 271.

exhibición y deja a la prudencia del juez las presunciones que su arbitrio le aconseje cuando la prueba de la existencia del documento en poder del intimado a exhibir resulte contradictoria, y finalmente se estableció la obligación para el tercero de exhibir, salvo que invoque causa justa a juicio del juez.

d) En cuanto a la naturaleza jurídica de la exhibición Rengel Romberg señala que no es una acción sino un hecho incidental. Cita a Calamandrei quien sostenía que si el poseedor de un documento estaba obligado a consignar no sería procedente la exhibición, sino una reivindicación común u otra acción de condena que conlleve su entrega al propietario y acreedor; que por eso cuando se trate de la exhibición judicial de un documento, ya este no es un elemento de derecho privado sino un medio para obtener la verdad en el proceso, "... sino otra cualquiera relación controvertida, en la cual el documento debe servir de prueba al juez; y aquí entra en juego el interés público, en vista del cual, la producción del documento en el juicio tiende, no a actuar un interés privado de la parte sobre el documento, sino a obtener, con el concurso de los elementos probatorios que ofrece el documento los fines superiores de la función jurisdiccional."¹⁸

Cita la opinión de autores como Couture, Cernelutti y Calamandrei sobre la obligación que tiene el tenedor o dueño del documento en juicio de respetar los deberes de lealtad, probidad y buena fe y que, en nombre de esos deberes, debe prestar su colaboración a la demostración de la verdad, que forma parte de la contribución que como litigante debemos a la hora de la justicia. Esta misma razón hace que Couture se pregunte en nombre de qué principio el tercero que no es parte en la relación procesal puede ser compelido a suministrar elementos probatorios de su propiedad. A diferencia de éste, Cernelutti y Calamandrei la justifican referencialmente por las obligaciones procesales de los testigos, y estima que es en consecuencia un efecto similar al de rendir testimonio en juicio y de cooperar con el mejor funcionamiento de la justicia. De este modo y bajo estos alegatos Rengel Romberg justifica los cambios propuestos y materializados.

e) Específicamente en cuanto a la regulación vigente señala que está inspirado en el proyecto de Código de Procedimiento Civil de Eduardo J. Couture, y así nos da una pista sobre una fuente formal del proyecto del código que hoy regula el proceso venezolano. Esta visión está reflejada en el contenido de los mencionados artículos 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil de 1987.

f) Le atribuye las siguientes características a la exhibición documental en nuestra ley vigente. Veamos:

1) No se corresponde exactamente con la *actio ad exhibendum*, por cuanto en el procedimiento formulario romano era una acción en el sentido de una pretensión, mientras que la figura moderna equivale a un procedimiento incidental; como afirma el autor "no es por tanto una 'demanda' en el sentido propio del término, puesto que no mira a obtener el reconocimiento de un derecho

¹⁸ *Ibidem*, p. 272.

sustancial, o la declaración de certeza de una relación o de un estado jurídico, definido por normas sustanciales; ni tampoco, un medio probatorio propiamente, sino la forma de allegar al proceso y poner a la disposición del juez, un medio probatorio (el documento). Pudiera decirse que es ‘el medio del medio’; esto es, el medio de traer al proceso el documento, que es el medio probatorio”. En la visión de nuestro código procesal vigente, la exhibición está limitada exclusivamente a los documentos, de los cuales quieran servirse una de las partes, y no a las cosas.

2) La solicitud de exhibición no tiene como destinatario la contraparte sino al juez, quien a petición de parte (no oficiosamente) deberá reglamentar la exhibición. En esta actividad el juez trabaja como un juez contralor del procedimiento probatorio, y el derecho de la parte a pedirla es una manifestación del derecho de defensa.

3) Opina Rengel Romberg que es menester acompañar a la solicitud una copia o en su defecto la afirmación de los datos que conozca el solicitante, evidenciando una simbiosis con el artículo 436 del código procesal vigente.

4) La intimación para la exhibición o entrega del documento será fijada para una fecha cierta en un plazo que deberá serle informado debidamente al requerido.

5) De no haber exhibición se tendrá como cierto el texto de la copia del documento o de los datos aportados por el solicitante.

6) Caso de aparecer contradicción sobre la existencia del instrumento y que se encuentre en poder del requerido corresponderá el juez resolver en la sentencia definitiva pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas las presunciones que su libre arbitrio le aconseje. Expresa el autor que de este modo se le da entrada en el proceso judicial venezolano al principio presuntivo tendiente a regular la conducta de las partes durante el desarrollo del proceso, y que imparcialmente establecido pueda llevar al juez convicción de la existencia y/o contenido del instrumento requerido.

7) En cuanto a la exhibición de documentos en poder de terceros, nuestro legislador le admitió al igual que el legislador de 1916 con respecto a la obligación de aquel de exhibir.

Ricardo Henríquez La Roche¹⁹ introduce dos elementos importantes sobre la entidad del documento a exhibir: a) Un elemento positivo según el cual el documento debe ser “... decisivo o pertinente a la litis...”, es decir debe tener relevancia y ser inherente al conflicto que origina el proceso judicial. De no ser así la exhibición no deberá ordenarse “... puesto que toda prueba debe ser procedente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 398 “; b) un elemento negativo, toda vez que será necesario la inexistencia de razones de reserva legal o moral para ejecutar la exhibición solicitada:

¹⁹ Ricardo Henríquez La Roche, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo III, Edición privada, Caracas, 1996, pp. 349 al 356.

En ese orden de ideas Henríquez La Roche al analizar la prueba de informes de terceros (artículo 433), ha señalado algunos casos en los cuales puede haber impedimento legal o causa de reserva, en este caso total o parcial, *verbigratia* los documentos relativos a historias médicas de hospitales y clínicas, los archivos de los bufetes de abogados sobre informaciones de sus clientes y de modo general todas aquellas datas que están sujetas a secreto natural, profesional o comisorio.

Así mismo los profesores Humberto Bello Lozano y Humberto Bello Lozano Márquez²⁰ en obra conjunta analizan la figura en cuestión y expresan opiniones sobre la naturaleza jurídica de la exhibición, y adoptan posturas contra corriente al exponer ideas como estas:

“En cuanto a la posición venezolana dando una ojeada al artículo 288 de nuestro Código de Procedimiento (derogado), podemos observar que la norma contempla dos situaciones: una, el pedimento de la exhibición de la cosa o del instrumento objeto de la acción intentada en derecho; y la otra, el de la cosa, necesaria para hacer una prueba conducente...

...En el Código anterior se hablaba de la exhibición de la cosa o del instrumento (Art. 288), en el código actual se trata de la **exhibición de documentos**, tal como lo expresa el artículo 436, al expresar...*omissis*...

...Con la innovación aportada por el nuevo Código, hemos de entender que con la nueva fórmula ‘**De la exhibición de documentos**’, se le da carácter de prueba a la antes llamada ‘acción *ad exhibendum*’, y no se trata de la exhibición de la cosa que fuere necesario para hacer una prueba conducente...

Del estudio de dicho artículo, se desprende su carácter de medio de prueba, la manera cómo ha de promoverse la solicitud; el plazo concedido para la mencionada actividad y la sanción que comporta la desobediencia al respecto y la facultad concedida al Juez, en caso contradictorio, de resolver en la definitiva pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.”

5. Algunas consideraciones particulares

Cuando se reflexiona sobre la exhibición de cosas y documentos, ora como un medio para traer pruebas al proceso ora como un medio de prueba, para tratar de acercarnos a los motivos de su existencia, contenido y alcance, así como su recorrido histórico en nuestra legislación, se hace menester meditar sobre algunos aspectos que le caracterizan en estos momentos. El primero podría ser desprendernos por momentos de la realidad histórica nacional, en la cual tuvimos la figura desde el principio de nuestra legislación adjetiva codificada, y en ésta

²⁰ Humberto Bello Lozano y Humberto Bello Lozano Márquez, *Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*, Mobil-Libros, Caracas, 1986, pp. 79 a la 89.

tenía una doble función, servía para que se expusieran documentos, personas y cosas y también como medio para hacer una prueba específica, pero en el año 1987 le transformamos no sólo en cuánto para qué se puede utilizar (ya no sobre cosas y se limita el ámbito documental), sino que tampoco puede ser utilizado literalmente para producir otro medio de prueba propiamente tal. En verdad, según la redacción hoy día es un medio de prueba en sí mismo. Y, aunque parte importante de nuestra doctrina la trata como un medio de traer otras pruebas al proceso, su específica regulación literal según los artículos 436 y 437 del código procesal general, corresponde al tratamiento de una prueba autónoma.

Un segundo punto de reflexión está relacionada con la aplicación en la práctica tribunalicia de la telemática como sistema de comunicación judicial, lo cual pudiera indicar que la exhibición en el mundo virtual se justifica por la alta posibilidad fáctica que una comparecencia o audiencia implique la posibilidad y/o necesidad, e incluso la carga, de pedir que determinado objeto o persona que no forma parte de los integrantes del pleito o ni tan siquiera figura hasta entonces en autos sea exhibida, bien en esa oportunidad o con posterioridad. De modo que es necesario tener presente esta irrupción de importantes avances tecnológicos y el uso cotidiano de los instrumentos para su utilización, así como que esto ocurre en tiempos en que el proceso, en sede judicial o administrativa, sufre serios embates y modificaciones por razones de su constitucionalización, y precisamente en momentos en que Venezuela con la entrada de este siglo estrenó una carta política prolífica en materia jurídica y especialmente la procesal; lógicamente, sumemos la existencia de un estado mundial de pandemia que ha alterado sustancialmente el aspecto comunicacional entre los distintos sujetos del proceso.

Como tercer elemento para el análisis podemos preguntarnos ¿Partiendo del supuesto literal del contenido normativo, puede pedirse la exhibición de cosas como una prueba libre? Vista la reducción legal del objeto a ser exhibido y el propósito final de la misma de cual fuera objeto la institución en el nuevo código, podemos reflexionar sobre si la modificación fundamental que el código procesal de 1987 trae en el ámbito probatorio al recoger la libertad probatoria, y habiéndose previsto el modelo de la prueba libre en el artículo 395, hagamos el ejercicio de pasar a la prueba de exhibición de cosas y/o personas por el tamiz de este exigente modelo probatorio.

En efecto, la norma exige tres extremos para la admisibilidad de la prueba de marras, dos objetivos y uno subjetivo. Tales son: a) que la probanza no esté regulada en el sistema legal nacional, he aquí un elemento objetivo negativo; b) que éste no la prohíba, lo cual constituye el elemento objetivo positivo; y, c) que la prueba sea conducente, es decir tenga la aptitud o condición para llevar al juzgador la convicción de lo que el promovente quiere probar es concerniente, así como eficiente en el proceso concreto. He aquí un elemento subjetivo positivo.

Pues bien, la exhibición de cosas o personas no tiene una regulación expresa en el sistema jurídico venezolano; tampoco está prohibida por la ley, no existe una norma restrictiva para su uso; y, en cuanto a su conducencia, en el caso concreto corresponderá al solicitante su justificación y al juzgador determinar si esa prueba promovida será capaz de llevar a su convicción la certeza del hecho alegado por el promovente. De modo que nos parece que en el derecho procesal nacional este medio probatorio puede ser promovido válidamente como una prueba libre.

Una cuarta reflexión ¿Bajo los supuestos de la tercera interrogación formulada anteriormente, puede plantearse la exhibición de cosas y personas como una acción principal? En otros términos, ¿puede el sujeto de derecho accionar para que, en un proceso ordinario, se le resuelva su pretensión de exhibición de una cosa o de una persona?

Partamos de dos premisas, a saber, la primera, nos referimos a exhibición de cosas o personas por cuanto la exhibición de los documentos si tiene previsión legal, y hemos dicho que su literalidad implica que es una prueba propiamente; la segunda, en todo caso de respuesta positiva el trámite es el ordinario y sería su regulación por ausencia de normativa expresa, y según prevé el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil.

En nuestra visión del asunto la respuesta ha de ser negativa. Porque en verdad la necesidad (interés procesal en el lenguaje del artículo 16 del código procesal común) de la evacuación de la prueba puede ser satisfecha mediante la pretensión de retardo perjudicial prevista en el artículo 813 y siguientes del código procesal general. Partamos del concepto que el retardo procede por el temor que alguna prueba desaparezca, y que en este caso es una prueba libre, según hemos expresado antes conforme a los artículos 395, 813 y 815 del código procesal común. Este aserto hace inadmisibles la pretensión de exhibición por vía principal conforme a los artículos 16 y 341 *eiusdem*.

Finalmente, en quinto lugar, podemos preguntar ¿se justificaba la eliminación de la exhibición de las cosas o personas? O, mejor dicho, ¿se justifica ahora, a la distancia y en las circunstancias actuales, la eliminación de la exhibición más allá de los documentos, o será necesario retomar la idea para el caso venezolano? Creemos que es tiempo de revisar en profundidad la conveniencia de reincorporar la exhibición de cosas y personas. Entendemos que es mejor tener la previsión legal, por cuanto los modelos tecnológicos y previsibles circunstancias de desarrollo de las comunicaciones permiten prever que la exhibición tomará un gran impulso y es positivo empezar a observar su factibilidad y desarrollo en los tiempos actuales y los por venir²¹.

²¹ El Código de Procedimiento Civil colombiano de 1970 (Decretos 1400 y 2019) contemplaba en su artículo 283 la exhibición de documentos exclusivamente; hoy día

6. Conclusiones

Como corolario del recorrido por una obra inédita de Humberto Cuenca, habiendo expuesto algunas ideas de nuestra doctrina jurídica y algunas propias sobre el contenido y alcance de la etapa histórica y regulación legal en la cual el jurista desarrolló su labor, podemos formular los siguientes asertos y propuestas:

A) El presente trabajo se ha realizado sobre tres legajos escritos por el profesor Humberto Cuenca, relativos a la materia procesal civil. Los mismos nunca fueron publicados. En ellos el autor desarrolla su visión sobre diversos aspectos del proceso ordinario y los procedimientos especiales. El interés en su contenido deriva del legado que previamente había dejado con sus textos sobre distintos aspectos generales del proceso jurisdiccional, de la materia recursiva y el derecho romano, lo cual le convirtió en un referente en el ámbito académico y universitario, ambos de gran importancia entonces y hasta recién. De modo que es importante conocer su visión, sobre todo porque en los estudios de marras el autor en estudio indagación y aprendizaje expone su óptica futurista, como se observa del apretado resumen que hemos hecho.

B) El profesor Cuenca desde sus textos y su vida universitaria ejerció una directa e importante influencia en la doctrina jurídica nacional. En compañía de importantes juristas nacionales y la presencia de la doctrina extranjera, sobre todo la Escuela Italiana del Derecho Procesal, que se expandía por el mundo occidental contribuyó grandemente a la elaboración de importantes legislaciones procesales, como por ejemplo nuestro vigente Código de Procedimiento Civil y de forma derivada su influencia de caída en cascada sobre todo el ámbito procesal nacional.

C) Así como ejerció influencia desde lo jurídico intelectual, y entendemos que lo hace en la actualidad, desde lo ideológico/político por razones del triunfo electoral en el país de una tendencia política que le es afín. De alguna forma estamos en presencia de una influencia indirecta en lo jurídico. En efecto, existen criterios expresados en fallos del máximo tribunal de la República en los cuales el sabor ideológico se hace palpable y esos criterios, como hemos evidenciado en este trabajo, son recogidos en la jurisprudencia; ello acontece en ese correaaje natural de la doctrina que recalca en la jurisprudencia y ésta en la legislación, y en estas diversas fuentes la presencia del autor en análisis se refleja grandemente.

D) Creemos que se hace necesario particularmente revisar la regulación actual sobre la *actio exhibendum*, y estudiar si su cambio en el último código procesal general fue positivo; pero sobre todo si la modificación de las circunstancias universales presentes en el área jurisdiccional, tecnológica y comunicacional aconsejan su revisión, adecuación y nuevos regímenes que le permitan ser efectiva en este momento histórico de un cambio conductual en la

el Código General del Proceso del año 2012 (Ley 1.564) en los artículos 186 y 265 contempla la exhibición de documentos y cosas muebles en el artículo 265.

humanidad. En tal sentido creemos, con la atención fijada en la actual estructura probatoria general vigente, en la posibilidad que la exhibición de cosas y personas como una prueba libre. Así mismo que no será posible pedir la exhibición por vía principal.

E) Afirmamos que en la analizada escritura inédita del profesor Cuenca se devela un permanente pensamiento jurídico y social que procuraba siempre la búsqueda de la Justicia y de la verdad verdadera. *Desideratum* éste que es consustancial a quienes hacemos del Derecho un modo de vivir.

Edgar Darío Núñez Alcántara.

Valencia, domingo, 29 de mayo de 2022. Día 805 de la pandemia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLO LOZANO, Humberto y BELLO LOZANO MÁRQUEZ, Humberto, *Tratamiento de los Medios de Prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*, Editorial Mobil-Libros, Caracas, 1986.

BELLO TABARES, Humberto, *La Casación Civil*, Ediciones Paredes, Caracas, 2010.

BORJAS, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo III, Librería Piñango, Caracas, 1973.

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal (La Constitución y el Proceso Civil)*, Tomo I, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

CUENCA, Humberto, *Curso de Casación Civil*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

_____, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo III, Edición privada, Caracas, 1996.

RENGEL ROMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano* (según el nuevo código de 1987), Volumen IV, Editorial Arte, Caracas, 1997.

Referencias Jurisprudenciales

Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia Sentencia N° 137 del 25 de mayo de 2021, bajo ponencia del magistrado Francisco Ramón Velázquez Estévez. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/312159-RC.000137-25521-2021-20-028.HTML>.

____ Sentencia N° 510 del 28 de julio de 2017, bajo ponencia del magistrado Guillermo Blanco Vázquez. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/201580-RC.000510-28717-2017-17-124.HTML>.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, bajo ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/301-270207-01-2862.HTM>.

Legislación

Colombia. Código General del Proceso. Decreto 1736. Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 36.960, del 30 de diciembre de 1999.

____ Código Civil, Publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 del 26 de julio de 1982.

____ Código Civil de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial N° 17 del 13 de julio de 1942.

____ Código Civil de Venezuela, publicado el 13 de julio de 1922.

____ Código de Procedimiento Civil de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 del 18 de septiembre de 1990.

____ Código de Procedimiento Civil de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial N°, del 04 de julio de 1916.

____ Código de Procedimiento Civil Venezolano, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.970 del 16 de marzo de 1987.

____ Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.511, del 6 de agosto de 1998.

____ Ley de Procedimiento Marítimo, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.554 del 13 de noviembre de 2001.

JUSTICIA TELEMÁTICA. PRINCIPIO Y FIN DE LA JUSTICIA VIRTUAL EN VENEZUELA

Álvaro Badell Madrid*

SUMARIO

Introducción. I. Venezuela y la justicia telemática. 1. Antecedentes constitucionales. 2. Antecedentes legales y administrativos: 2.1. Resolución número 001-2016 de la Sala de Casación Penal; 2.2. Lineamientos para el funcionamiento de los jueces y juezas de la jurisdicción de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco de las medidas de protección a la salud “distanciamiento social”, decretadas por el Ejecutivo Nacional frente al Covid-19; 2.3. Resolución 0014-2018 de la Sala Plena que creó el Expediente Digital; 2.4. Resoluciones números 001 y 008-2020 de la Sala Plena; 2.5. Resoluciones números 003 y 004-2020 de la Sala de Casación Civil. 2.6. Resolución número 005-2020 de la Sala de Casación Civil; 2.7. Resolución número 001-2022 de la Sala de Casación Civil. II. Breves consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las resoluciones en materia de justicia telemática en Venezuela. III. Exégesis de las resoluciones números 004 y 005 de 2020 de la Sala de Casación Civil: 1. Fase de alegación; 2. Fase de sustanciación; 3. Fase de decisión. IV. Análisis de la resolución número 001-2022 de la Sala de Casación Civil. V. Justicia virtual en Sudamérica: 1. República de Argentina; 2. República de Chile; 3. República de Colombia; 4. República de Ecuador; 5. República de Bolivia; 6. República Federativa de Brasil. VI. Conclusiones y recomendaciones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Constituye motivo de orgullo pertenecer al grupo de abogados que participamos en el homenaje al Dr. Humberto Romero-Muci, destacado jurista de

* Universidad Católica Andrés Bello. Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Mercantil, mención *Summa Cum Laude*. Doctor en Derecho, mención *Summa Cum Laude*. Profesor de pregrado y postgrado. Universidad Central de Venezuela. Profesor de postgrado. Asociación Venezolana de Arbitraje (AvA). Presidente Honorario. Socio fundador de Badell & Grau, Despacho de Abogados. Árbitro.

dilatada trayectoria y de enjundioso aporte al mundo jurídico, el cual goza del prestigio de sus allegados y del foro del derecho venezolano.

El Dr. Romero-Muci integra la generación de venezolanos que reúne las cualidades de ser abogados, docentes universitarios -de pre y postgrado- e Individuos de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que han contribuido notablemente con el desarrollo del foro académico del país, con importante obra escrita, que en su caso, no sólo se circunscribe al derecho tributario¹ –su área natural de trabajo e investigación–, sino incluso, ha hecho publicaciones y estudios que van desde la contabilidad², derecho administrativo y teoría general del derecho³ -aspecto éste que nunca le ha sido ajeno- pues su habilidades como argumentador jurídico le han permitido granjear su bien ganada reputación como jurista cabal.

Por ello, nos honra escribir las presentes líneas en homenaje al académico, profesor, jurista y amigo, que hoy recibe de esa notable corporación científica, como lo es la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, este merecido homenaje.

I. Venezuela y la justicia telemática

En el país, se ha experimentado con cierta timidez el ingreso a la era de la justicia telemática, contando con pocos instrumentos legales sobre la materia. En efecto, en los últimos años hemos visto como la utilización de medios telemáticos, se incorpora al día a día de la administración pública y de la administración de justicia, pero ha sido en lo que atañe al Poder Judicial, si se quiere, un tránsito poco afortunado -por decir lo menos-, pues no ha contado con la legitimidad de origen requerida a través de actos formales emanados del Poder Legislativo Nacional -leyes formales- sino a través de actos de rango sublegal; ni tampoco ha sido el resultado de una política de Estado la puesta en marcha de la telematización de los procesos judiciales, ya que a este fecha, apenas a dos (2) años de su entrada en vigencia, el Tribunal Supremo de Justicia recién designado, ha dejado en claro que -en su criterio- no es importante la modernización del sistema de justicia validando el uso de las TIC's (tecnologías de información y comunicación) al servicio de la justicia, por lo cual, a pocos días de su nueva integración, la Sala de Casación Civil procedió a derogar lo poco que se había promulgado sobre justicia telemática, haciendo alarde la Sala de una función legislativa que nunca tuvo para su creación por vía de resoluciones ni para su derogatoria, por el mismo conducto.

¹ Vid., entre otros, Humberto Romero-Muci, *Uso, Abuso y Perversión de la Unidad Tributaria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

² Humberto Romero-Muci, *El Derecho y el revés de la contabilidad*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2011.

³ Humberto Romero-Muci, *Lo racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004.

Queda así de relieve y esta es una primera conclusión anticipada de este trabajo, la poca importancia que a esta fecha se ha dado al uso de las tecnologías de información y comunicación al servicio del derecho venezolano.

Si bien contamos con principios constitucionales que permitirían la aplicación de las herramientas digitales en los procesos judiciales, lo cual posibilitaría -sin más trámites- que la voluntad política requerida para ejecutar los cambios y adecuaciones legislativas necesarias para su puesta en marcha, no contamos, a la fecha, con reforma legal alguna del Código de Procedimiento Civil vigente⁴ que constituya la adecuación de los procedimientos generales y particulares allí estatuidos, a la corriente actual en la que -a consecuencia de la pandemia por el Covid 19- se precipitó la incorporación de las TIC's como respuesta necesaria ante la imposibilidad física de acudir a los tribunales en procura de tutela judicial eficaz en todos los países. Surge de esta manera un tanto traumática si se quiere, la noción de justicia telemática en Venezuela a partir de marzo de 2020.

Estos aspectos serán brevemente abordados en el presente ensayo, con la intención de destacar los pros y los contras de la justicia telemática en Venezuela, cuya vigencia en el tiempo ha sido efímera, pero que al ser plausible -en nuestro criterio- la intención que se tuvo al establecerla, merece seguir siendo estudiada con el ánimo de mejorar la experiencia vivida y abogar por su pronta restauración bajo los mecanismos constitucionales que le impriman el verdadero respaldo institucional que se merece un tema tan importante y actual.

Sobre la base de dichas circunstancias, procedemos a evaluar los principios constitucionales, así como los diversos cuerpos normativos que sustentarían con legalidad y eficacia la justicia virtual.

⁴ Publicado en la Gaceta Oficial N° 3.970 del 13 de marzo de 1987, y en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

1. Antecedentes constitucionales

La Constitución⁵ garantiza el acceso a los medios electrónicos y telemáticos que propendan al desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Así lo disponen los artículos 28⁶ y 110⁷ del texto Constitucional.

En dichas normas se establece que la tecnología es una herramienta de interés público, dada, precisamente su naturaleza consustanciada con el fortalecimiento cultural, social y de toda índole en general de las personas, en tanto y en cuanto, el acceso a la información ha sido reconocido como derecho fundamental tal y como lo prevén diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La modernización de las instituciones públicas constituye *per se* una actividad que está en sintonía con nuestro régimen constitucional, y de allí que nuestra aspiración -en sintonía con la de la mayoría de las personas que en estos dos últimos años hemos intervenido en todo tipo de eventos jurídicos a través del uso de las tecnologías de información y comunicación- es que se requiere con urgencia, la telematización de los procesos administrativos y judiciales y así adaptar a nuestro país a las nuevas realidades universales en materia de aplicación de las TIC's al servicio de la administración pública y la de justicia en general, tanto ordinaria como arbitral, en la cual, por cierto, es de larga data el uso y regulaciones normativas de las TIC's.

⁵ Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

⁶ *“Artículo 28. Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.*

⁷ *“Artículo 110. El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. Para el fomento y desarrollo de esas actividades, el Estado destinará recursos suficientes y creará el sistema nacional de ciencia y tecnología de acuerdo con la ley. El sector privado deberá aportar recursos para las mismas. El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía”.*

Hechas estas consideraciones, luce meridianamente claro que cualquier valoración que se haga sobre la idoneidad constitucional de las reformas tecnológicas por parte del Estado, debe ponderar el interés público y el privado, sin dejar de lado que las garantías iusfundamentales deben mantenerse incólumes en un mundo de justicia virtual y así lo hemos expresado en nuestras intervenciones en foros, charlas, clases y eventos jurídicos en general, tanto nacionales como internacionales a los que hemos sido invitados a disertar sobre justicia telemática, en estos dos últimos años.

2. Antecedentes legales y administrativos

La entrada en vigor de elementos telemáticos en el ordenamiento jurídico venezolano ha tenido como punto de partida la legislación nacional y los decretos de la Administración Pública. En efecto, la legislación patria ha dado saltos hacia la modernización del acceso a la información y la utilización de medios digitales para adecuar a las nuevas tendencias en las relaciones entre los particulares y entre ellos y el Estado.

El primer antecedente normativo -desde el punto de vista de la virtualización- lo podemos ubicar en el decreto número 825, mediante el cual se declaró el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela⁸, declarándose así *“el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela”* (Art. 1), ante lo cual los órganos de la Administración Pública Nacional: *“(…) deberán incluir en los planes sectoriales que realicen, así como en el desarrollo de sus actividades, metas relacionadas con el uso de Internet para facilitar la tramitación de los asuntos de sus respectivas competencias”* (Art. 2).

Se dispuso a través del decreto 825 que, en las relaciones de la Administración Pública con los particulares, debía utilizarse preferentemente el internet para el intercambio de información y a los fines del funcionamiento operativo de los organismos públicos -tanto interna como externamente (Art. 3)- los medios de comunicación del Estado deberían promover y divulgar información referente al uso de Internet (Art. 4).

En el año 2001 el Ejecutivo Nacional -en uso de la delegación legislativa hecha por el Parlamento- dictó el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas⁹, el cual regula todo lo relativo al régimen jurídico de la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico (Art. 1).

⁸ Publicado en la Gaceta Oficial N° 36.955 del 22 de mayo de 2000.

⁹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Esta Ley es pionera en Venezuela en materia de firma electrónica y mensajes de datos¹⁰, y prevé, entre otros aspectos, que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos; que la promoción, control, contradicción y evacuación de los mensajes de datos como medios de prueba, se realizará conforme a lo dispuesto para las pruebas libres en la legislación procesal – Código de Procedimiento Civil– (Art. 6)¹¹.

La indicada Ley estableció –como aspectos novedosos– los certificados electrónicos como garantía de existencia de las operaciones telemáticas asociadas

¹⁰ Rómulo Velandia Ponce, *El documento electrónico y sus dificultades probatorias*, Álvaro Nora, Caracas, 2015.

¹¹ La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido el criterio “*Del artículo precedentemente transcrito se evidencia, que la información contenida en un mensaje de datos reproducida en un formato impreso (como en el presente caso), posee el mismo valor probatorio al que tienen las copias o reproducciones fotostáticas simples, así, debe entenderse su eficacia probatoria, idéntica al tratamiento aportado por el legislador a los documentos privados simples, por lo que el mensaje de datos impreso tendrá la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y su contenido podrá ser desvirtuado a través de cualquier otro medio de prueba regulado de conformidad a lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil. / De conformidad con lo anteriormente expuesto, habrá de tomarse en cuenta respecto de los mensajes de datos impresos, que al dársele la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y hallarse bajo las regulaciones establecidas en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, si las mismas no son impugnadas en la contestación de la demanda si son de la actora, o cinco días después de producida la contestación de la demanda si son de la demandada, o cinco días después de la promoción de pruebas, dichas copias o mensaje de datos se tendrán como fidedignas. En contraposición no tendrán valor alguno si se acompañan en cualquier otra oportunidad y no son aceptadas expresamente por la otra parte. / En este orden de ideas, aplicando analógicamente los principios de control y contradicción entre los documentos privados y los mensajes de datos, las figuras idóneas establecidas para controlar los mensajes de datos lo son, la tacha de falsedad establecida en el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 1.381 del Código Civil, el desconocimiento o reconocimiento de los instrumentos que expresa el artículo 444 eiusdem, o la figura del cotejo prevista en el artículo 445 ibídem”, sentencia número 274 de fecha 30 de mayo de 2013, con ponencia de Yraima Zapata Lara.*

a las firmas electrónicas y a los mensajes de datos¹². En relación con ello, se creó la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica¹³.

Con motivo de la urgente y necesaria actualización de los servicios telemáticos, virtuales y electrónicos con los que ya contaba la Administración Pública, en el año 2004 el Ejecutivo Nacional dictó el decreto número 3.390, mediante el cual dispuso que la Administración Pública Nacional emplearía prioritariamente software libre desarrollado con estándares abiertos, en sus sistemas, proyectos y servicios informáticos¹⁴ (Art. 1), refiriendo que “*el Ejecutivo Nacional fomentará la investigación y desarrollo de software bajo modelo Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, procurando incentivos especiales para desarrolladores*” (Art. 5), y que éste “*fortalecerá el desarrollo de la industria nacional del software, mediante el establecimiento de una red de formación, de servicios especializados en Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos y desarrolladores*” (Art. 6).

Posteriormente, la legislación nacional dio un paso importante hacia la profundización del desarrollo tecnológico en el país con la promulgación de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación en el 2005¹⁵, la cual fue reformada en 2010¹⁶.

Dicha ley enuncia que las actividades científicas, tecnológicas y de innovación son de interés público (Art. 2), así como la directriz encargada a la autoridad nacional con competencia en materia de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones en el sentido de formular la política pública nacional de ciencia, tecnología, innovación y sus aplicaciones, basada en el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social de la Nación, la sustentabilidad de la producción, la protección del ambiente, la seguridad y el ejercicio pleno de la soberanía nacional (Art. 4). Corresponde igualmente a la aludida autoridad nacional formular el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación “*como instrumento de orientación de la gestión del Ejecutivo Nacional para establecer los lineamientos y políticas nacionales en materia de ciencia, tecnología,*

¹² “*Artículo 38. Garantía de la autoría de la Firma Electrónica. El Certificado Electrónico garantiza la autoría de la Firma Electrónica que certifica, así como la integridad del Mensaje de Datos. El Certificado Electrónico no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban*”.

¹³ “*Artículo 20. Creación de la Superintendencia. Se crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, como un servicio autónomo con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera y de gestión, en las materias de su competencia, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología*”, *ibidem*.

¹⁴ Publicado en la Gaceta Oficial N° 38.095 del 28 de diciembre de 2004.

¹⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.242 del 3 de agosto de 2005.

¹⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.575 del 16 de diciembre de 2010.

innovación y sus aplicaciones, así como para la estimación de los recursos necesarios para su ejecución” (Art. 11), protección de la propiedad intelectual derivadas de la actividad científica (Art. 19), el Observatorio Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (ONCTI) (Art. 22), la protección de las actividades científicas, tecnológicas y sus aplicaciones en el ámbito regional (Arts. 32 y siguientes), de la promoción y estímulo de los cultores y cultoras para la ciencia, la tecnología y la innovación (Arts. 35 y siguientes) y la creación del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología en Innovación (FONACIT) (Art. 39).

La Asamblea Nacional promulgó en 2013 la Ley de Infogobierno¹⁷, en la cual se establecieron «los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información en el Poder Público y el Poder Popular, para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas; impulsando la transparencia del sector público; la participación y el ejercicio pleno del derecho de soberanía; así como, promover el desarrollo de las tecnologías de información libres en el Estado; garantizar la independencia tecnológica; la apropiación social del conocimiento; así como la seguridad y defensa de la Nación» (Art. 1).

Esta Ley tiene, entre otras finalidades, facilitar “el establecimiento de relaciones entre el Poder Público y las personas a través de las tecnologías de información” (Art. 3.1).

2.1. Resolución número 001-2016 de la Sala de Casación Penal

Como antecedente, tenemos la resolución 001-2016 de la Sala de Casación Penal de fecha 12 de diciembre de 2016 en la cual se estableció la participación telemática “*ya sea mediante telepresencia, videoconferencia u otro medio de comunicación telemático, audiovisual, bi o multidireccional e instantáneo, previa aprobación emitida por el Presidente o Presidenta de la Sala de Casación Penal*” (Art. 1).

2.2. Lineamientos para el funcionamiento de los jueces y juezas de la jurisdicción de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco de las medidas de protección a la salud “distanciamiento social”, decretadas por el Ejecutivo Nacional frente al Covid-19

La Sala de Casación Social dictó unos Lineamientos para el funcionamiento de los jueces y juezas de la jurisdicción de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco de las medidas de protección a la salud “distanciamiento social”, decretadas por el Ejecutivo Nacional frente al Covid-19.

A través de dichos lineamientos la Sala Social estableció que los Juzgado de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de todo el país no despacharían durante la vigencia de la Resolución 001-2020 de fecha 20 de marzo de 2020,

¹⁷ Publicado en la Gaceta Oficial N° 40.274 del 17 de octubre de 2013.

incluyendo las sucesivas prórrogas, razón por la cual, las causas quedaron en suspenso y sin que transcurriesen los lapsos procesales, con la excepción de los casos “de urgencia”. (Art. 1)

2.3. Resolución 0014-2018 de la Sala Plena que creó el Expediente Digital

A través de la resolución número 0014-2018, la Sala Plena creó el denominado “expediente digital” para los tribunales con competencia en materia de delitos de Violencia contra la Mujer y Tribunales del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, de la República Bolivariana de Venezuela (Art. 1). En dicha resolución se estableció que el “*Expediente Electrónico contendrá todas las actuaciones y documentos, y deberá guardar identidad con las actuaciones y documentos que consten en el expediente judicial en papel, hasta la total sustitución de este último*” (Art. 2), y a su vez se estableció que tiene “*pleno valor probatorio los datos contenidos en el Expediente Judicial Electrónico creado en la presente Resolución*” (Art. 5) de conformidad, además, con la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

2.4. Resoluciones números 001 y 008-2020 de la Sala Plena

En fecha 20 de marzo de 2020, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia dictó la resolución número 001-2020 mediante la cual, consustanciado con la situación de alarma mundial derivada de la declaratoria de pandemia por el Covid-19, acordó suspender -a partir de esa misma fecha- el despacho en todos los tribunales del país a nivel nacional conllevando además dicha suspensión, la paralización –*ope legis*– de todas las causas. Sin embargo, quedó excluida de la paralización antes anotada -por razones lógicas y estratégicas- la justicia constitucional –amparo constitucional¹⁸ y la justicia penal¹⁹ a la vez que se exhortó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia²⁰ y a los jueces

¹⁸ “SEGUNDO: En materia de amparo constitucional se considerarán habilitados todos los días del período antes mencionado. Los jueces, incluso los temporales, están en la obligación de tramitar y sentenciar los procesos respectivos. Las Salas Constitucional y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia permanecerán de guardia durante el estado de contingencia”.

¹⁹ “TERCERO: En cuanto a los Tribunales con competencia en materia penal, se mantendrá la continuidad del servicio público de administración de justicia a nivel nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del Código Orgánico Procesal Penal solo para los asuntos urgentes”.

²⁰ “CUARTO: Los Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, durante el período de Alarma Constitucional, es decir, desde el 16 de marzo al 13 de abril de 2020, ambas fechas inclusive, mantendrán el quórum necesario para la deliberación conforme con lo que regulan los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

rectores, estar atentos para dictar cualquier resolución de urgencia en sus respectivas competencias²¹.

En fecha 1° de octubre de 2020, habiéndose reducido en alguna medida los efectos de la pandemia y ante los efectos negativos de la paralización casi total de nuestro sistema de justicia por casi siete (7) meses, la Sala Plena dictó la resolución número 008-2020 por cuyo conducto estableció el horario especial y las formas en que se permitiría la reapertura del despacho en todos los tribunales del país²². Se dejaron a salvo los lapsos y el despacho especial en materia de amparo constitucional²³, y la correspondiente guardia de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia²⁴ y de los rectores de las diversas jurisdicciones a nivel nacional²⁵.

²¹ “**QUINTO:** *Los Jueces Rectores y las Juezas Rectoras, los Presidentes y las Presidentas de los Juzgados Nacionales de lo Contencioso-Administrativo, los Presidentes y las Presidentas de los Circuitos Judiciales Penales, los Coordinadores y las Coordinadoras de los Circuitos Judiciales Laborales, los Coordinadores y las Coordinadoras de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y los Coordinadores y las Coordinadoras de los Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, quedan facultados para que adopten las medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia en las diversas Circunscripciones Judiciales, de conformidad con los objetivos de la presente Resolución, debiendo informar inmediatamente de las mismas a la Comisión Judicial*”.

²² “**PRIMERO:** *Los Tribunales de la República laborarán en la forma siguiente: / Durante la semana de flexibilización decretada por el Ejecutivo Nacional, atendiendo a las recomendaciones emitidas por la Comisión Presidencial para la Prevención, Atención y Control del COVID-19, se considerarán hábiles de lunes a viernes para todos los Tribunales de la República debiendo tramitar y sentenciar todos los asuntos nuevos y en curso. / Durante la semana de restricción decretada por el Ejecutivo Nacional, atendiendo a las recomendaciones emitidas por la Comisión Presidencial para la Prevención, Atención y Control del COVID-19, permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos; salvo para aquellas que puedan decidirse a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles*”.

²³ “**SEGUNDO:** *En materia de amparo constitucional se considerarán habilitados todos los días. Los jueces y las juezas, incluso los y las temporales, están en la obligación de tramitar y sentenciar los procesos respectivos*”.

²⁴ “**CUARTO:** *Los Magistrados y las Magistradas de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, durante el período de Alarma Constitucional, mantendrán el quórum necesario para la deliberación conforme con lo que regulan los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*”.

²⁵ “**QUINTO:** *Las Juezas Rectoras y los Jueces Rectores, las Presidentas y los Presidentes de los Juzgados Nacionales de lo Contencioso-Administrativo, las Juezas y los Jueces de los Tribunales Contencioso Administrativo y Contencioso*

2.5. Resoluciones números 003 y 004-2020 de la Sala de Casación Civil

La Sala de Casación Civil por su parte, dictó varias resoluciones con las cuales incorporó progresivamente la justicia virtual al ámbito civil ordinario, comenzando con la resolución número 003-2020 que determinó el inicio de un plan piloto -Despacho Virtual- en la jurisdicción civil para los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta: “*Se laborará los días **lunes a viernes**, en el horario comprendido de **8:30 a. m. a 2:00 p. m.**, igualmente se fija la hora **12:00 m.** para el sorteo de distribución de causas” (Art. 1).*

Se indicó que los tribunales habilitados serían única y exclusivamente para el despacho virtual, los ubicados en los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta²⁶, con habilitación para cumplir las funciones judiciales con el mínimo de personal, de ser necesario ello²⁷, se creó y habilitó el formato de recepción de las causas nuevas en PDF²⁸, y se dispuso que el sorteo de distribución²⁹, la sustanciación de la causa³⁰, la función de la Unidad Receptora de Documentos³¹,

Tributario, las Presidentas y los Presidentes de los Circuitos Judiciales Penales, las Coordinadoras y los Coordinadores de los Circuitos Judiciales Laborales, las Coordinadoras y los Coordinadores de los Circuitos Judiciales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y las Coordinadoras y los Coordinadores de los Tribunales con competencia en materia de Delitos de Violencia contra la Mujer, y las Juezas y los Jueces de los Tribunales Agrarios y Civiles, quedan facultados para que adopten las medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia en las diversas Circunscripciones Judiciales, de conformidad con los objetivos de la presente Resolución, debiendo informar inmediatamente de las mismas a la Comisión Judicial”.

²⁶ Artículo 2.

²⁷ Artículo 3.

²⁸ “**CUARTO: Causas Nuevas.** El accionante, dentro del horario establecido, procederá a enviar vía correo electrónico la solicitud o demanda junto con los instrumentos (anexos), de forma digitalizada en formato pdf, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal distribuidor de Municipio ordinario y executor de medidas; de Primera Instancia, según corresponda. La pretensión deberá contener, además de lo establecido por la legislación vigente y como presupuesto procesal, la indicación de dos (02) números telefónicos del demandante y su apoderado (al menos uno (1) con la red social WhatsApp u otro que indique el demandante), dirección de correo electrónico, así como números telefónicos, correo electrónico de la parte accionada, a los fines del llamamiento de ley”.

²⁹ Artículo 5.

³⁰ Artículo 6.

³¹ “**SÉPTIMO: Unidad Receptora de documentos:** Se dispondrá la creación de la Unidad Receptora de Documentos, integrada por un (1) funcionario, quien cumplirá con todas las indicaciones de bioseguridad. Los documentos originales recibidos, quedarán registrados en formularios de recepción de documentos, del cual el

el auto de admisión de demanda³², el diario digital³³, el sistema adversarial de la contestación de la demanda, cuestiones previas y reconvencción³⁴, el régimen probatorio³⁵, la fase de sentencia³⁶ y la jurisdicción voluntaria³⁷ se llevarían a cabo telemáticamente, pero con consignación posterior de la versión material de todos los escritos, diligencias y pruebas o anexos enviados telemáticamente.

En nuestro parecer y así lo expresamos públicamente en diversos eventos jurídicos -a los que hemos sido invitados- a intercambiar ideas sobre justicia virtual, la necesidad de llevar un expediente material y otro digital de cada caso, representó la muerte anunciada del sistema telemático, como a la postre ocurrió.

peticionante deberá consignar dos (2) formatos, el cual descargará de la página web del estado respectivo (aragua.scc.org.ve, anzoategui.scc.org.ve, nuevaesparta.scc.org.ve.) Esta unidad deberá estar, preferiblemente y de ser el caso, ubicada en la planta baja de la sede judicial. La Dirección Administrativa Regional junto a la Rectoría Civil de cada estado deberán coordinar labores para su debida implementación, de igual forma para preservar la seguridad del funcionario y del usuario”.

³² Artículo 8.

³³ “**NOVENO: Diario Digital**: Cada Juzgado deberá remitir vía correo electrónico, al culminar las horas de despacho, las actuaciones diarias reflejadas en el Libro Diario Digital, a la Rectoría Civil correspondiente, para que esta a su vez remita a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de su publicación en el portal web”.

³⁴ “**DÉCIMO: De la oposición de cuestiones previas, contestación de la demanda, reconvencción**: Dentro de la oportunidad legal correspondiente conforme al procedimiento instaurado, la parte demandada deberá dentro del horario establecido, enviar vía correo electrónico, la oposición de cuestiones previas o contestación de la demanda y la reconvencción, junto con los instrumentos (anexos), de forma digitalizada en formato *pdf*, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal de Municipio ordinario y ejecutor de medida, de Primera Instancia donde se está sustanciando la causa, la cual deberá contener la indicación de los números telefónicos, direcciones de correo electrónico de la parte y su abogado, a los fines de las notificaciones subsiguientes en la causa. / a) Remitiendo vía correo electrónico al demandado acuse de recibo y notificando de forma expresa día y hora de la oportunidad en la cual se llevará a cabo la consignación de los originales de los instrumentos enviados vía digital, haciéndoles saber sobre las normas de bioseguridad. / b) Los documentos originales serán recibidos en la Unidad Receptora de Documentos, quedando registrados en formularios de recepción de documentos, del cual el peticionante deberá consignar dos (2) formatos, que descargará de la página: aragua.scc.org.ve, anzoategui.scc.org.ve o nuevaesparta.scc.org.ve”.

³⁵ Artículo 10.

³⁶ Artículo 12.

³⁷ Artículo 13.

Igualmente, la Sala de Casación Civil dictó en fecha 5 de octubre de 2020 la resolución número 004-2020 en la cual estableció la posibilidad de formalización e impugnación del recurso extraordinario de casación civil de forma telemática.

En dicha resolución se dispuso que el período de flexibilización abarcaría los días hábiles de lunes a viernes en el horario de 8:30 AM a 12:30 PM para el despacho presencial, quedando el despacho virtual, a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles en las semanas rígidas (Art. 1).

Se estableció que en todo momento se propendería a la utilización de los medios telemáticos y digitales³⁸, y se hizo un exhorto de colaborar con las normas sobre bioseguridad para los casos en que los justiciables debiesen acceder a las instalaciones del Tribunal Supremo de Justicia³⁹.

En materia de formalización del recurso de casación y su consiguiente impugnación, se estableció que la consignación sería en formato PDF, de manera telemática, enviada al correo de la Secretaría de esta Sala, secretaria.salacivil@tsj.gob.ve, conjuntamente con una diligencia en la cual se tendría que explicar la cualidad con la que se obra y sus pormenores, debiéndose consignar el físico de dicha formalización en la oportunidad -cita- en que así lo indicase la Sala de Casación Civil. Vencido el lapso de formalización del recurso de casación, se notificará a la contraparte, quien podrá, de ser el caso, presentar su escrito de impugnación en los mismos términos telemáticos en los que fue presentada la formalización (Art. 4)⁴⁰.

Se dispuso que las decisiones de la Sala Civil serían publicadas en la página web del Tribunal Supremo de Justicia⁴¹.

2.6. Resolución número 005-2020 de la Sala de Casación Civil

El 5 de octubre de 2020, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia dictó la resolución número 005-2020, con la cual se dio inicio a la justicia virtual o telemática como prefiero denominarla. En dicho cuerpo normativo se estableció el mismo régimen de despacho presencial y virtual que la resolución 004-2020 aludía, pero extendiéndolo a todos los tribunales de la jurisdicción civil del país (Art. 1).

³⁸ Artículo 2.

³⁹ Artículo 3.

⁴⁰ De igual forma, *Vid.*, Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia identificada RC-000125, fechada 27-08-2020, expediente número AA20-C-2018-000254.

⁴¹ Artículo 5.

De igual forma se regularon aspecto de interés referidos a los requisitos para las causas nuevas⁴² y lo relativo al sorteo para la distribución de éstas⁴³, la fase de sustanciación⁴⁴, lo relativo a la Unidad Receptora de Documentos⁴⁵, la admisión de las demandas⁴⁶, el diario digital⁴⁷, las contestaciones, cuestiones previas y reconvencciones⁴⁸, la fase probatoria⁴⁹, la fase decisoria⁵⁰, el régimen de reanudación de las causas en curso⁵¹, el régimen recursivo y se crearon los llamados autos de certeza⁵².

⁴² Artículo 2.

⁴³ **“TERCERO: Sorteo de distribución:** *La distribución de solicitudes y demandas se realizará diariamente a las 12:00 m., por orden correlativo de recepción. Realizado el sorteo aleatorio y asignado el número respectivo a la demanda o solicitud, el distribuidor reenviará vía correo electrónico las solicitudes y/o demandas a los distintos Tribunales. Debiendo asentar lo conducente en Libro Digital destinado a tal fin”.*

⁴⁴ Artículo 4.

⁴⁵ Artículo 5.

⁴⁶ Artículo 6.

⁴⁷ **“SÉPTIMO: Diario Digital:** *Cada Juzgado al culminar las horas de despacho, deberá cargar al portal web las actuaciones realizadas en el Libro Diario Digital, ello a los fines de fomentar la transparencia en el servicio de administración de justicia”.*

⁴⁸ **“OCTAVO: De la oposición de cuestiones previas, contestación de la demanda, reconvencción e intervención de terceros:** *Dentro de la oportunidad legal correspondiente conforme al procedimiento instaurado, la parte demandada deberá dentro del horario establecido, enviar vía correo electrónico, la oposición de cuestiones previas o contestación de la demanda, la reconvencción o cita en tercería que considere, junto con los instrumentos (anexos), de forma digitalizada en formato pdf, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal de Municipio ordinario y ejecutor de medida, o de Primera Instancia donde se está sustanciando la causa, la cual deberá contener la indicación de los números telefónicos, direcciones de correo electrónico de la parte y su abogado, a los fines de las notificaciones subsiguientes en la causa. / El Tribunal deberá remitir vía correo electrónico a las partes, las diligencias y escritos consignados por su contraparte en forma digital, a los fines de mantenerlos informados del desarrollo del proceso, ello respetando los lapsos procesales de ley. En los casos de la contestación de la demanda y la promoción de pruebas, el Tribunal deberá levantar acta dejando constancia de la remisión y la oportunidad en la que se realiza, ello en garantía al derecho a la defensa de las partes y al debido proceso consagrado constitucionalmente”.*

⁴⁹ Artículo 9.

⁵⁰ Artículo 10.

⁵¹ Artículo 11.

⁵² Artículo 12.

Erradamente, en nuestra opinión, dicha Resolución otorgó carácter de presupuestos procesales a aspectos meramente formarles como son la necesidad de indicar dos (2) números telefónicos de las partes, incluyendo -necesariamente- uno con aplicación WhatsApp y las direcciones de correos electrónicos de ambas partes. Mal pueden crearse a través de Resoluciones presupuestos procesales no previstos en las leyes procesales vigentes y menos aún podría el legislador de emergencia fijar algún tipo particular de red social para acceder al sistema de justicia.

Los presupuestos procesales, como es sabido, son las premisas esenciales para que un proceso pueda existir en el mundo jurídico con plena validez, siendo estos la competencia del juez, el interés actual y la legitimación para obrar.

2.7. Resolución número 001-2022 de la Sala de Casación Civil

El 16 de junio de 2022, la Sala de Casación Civil dictó la resolución 001-2022 con la cual derogó la resolución 005-2020, y con ello se puso fin a la justicia telemática en el área civil. Significó dicha Resolución, un importante retroceso desde el punto de vista de la justicia telemática e implicó, de suyo, el regreso al sistema anterior al Covid-19, esto es, al despacho presencial, de lunes a viernes en el horario comprendido de 8:30 a.m. a 3:30 p.m. y hora administrativa de 03:30 p.m. a 04:30 p.m. (Art. 1), lo cual implicó el restablecimiento pleno de la aplicación del principio de legalidad de los actos procesales en los términos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, se regresó al sistema de atención presencial al justiciable en todas las sedes judiciales de país conforme al Código de Procedimiento Civil, por lo cual se retornó a las actuaciones meramente materiales o físicas correspondientes a las notificaciones, citaciones, consignaciones de escritos y/o diligencias y su recepción en las URDD; sorteos para distribución de asuntos, oposiciones, contestaciones, reconveniones, intervención de terceros, promoción y evacuación de pruebas, sentencias, apelación y distribución al superior y su trámite (Art. 2).

De manera que con ello se retomó al régimen ordinario según el cual, los actos procesales se sustanciarán conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y en las leyes especiales, rigiendo el orden consecutivo legal y preclusión de las etapas (Art. 3)), incluyendo el sorteo de distribución de las causas nuevas y recursos (Art. 4); el libro diario –derogando al diario digital– (Art. 5).

Un punto sumamente importante y hasta peligroso es el aspecto relacionado con las citaciones y notificaciones. Observamos un híbrido al respecto, ya que la resolución deja abierta la posibilidad de que estas se continúen practicando telemáticamente, para el caso que resulte imposible notificar presencialmente o que hayan sido infructuosas las gestiones de notificación, siempre que se tenga

certeza de la autenticidad de los correos electrónicos, ante lo cual el juez *podrá* elegir la actuación telemática (Art. 6)⁵³.

Igualmente se afirma que se mantendrán en vigencias las audiencias telemáticas (Art. 7)⁵⁴, conservando las medidas de bioseguridad correspondientes en las sedes tribunalicias (Art. 8)⁵⁵ así como la obligación de publicar las sentencias en el portal web del Tribunal Supremo de Justicia (Art. 9)⁵⁶.

En el artículo 10 se dispone “*Se deroga la Resolución N° 05-2020 de fecha 5 de octubre de 2020, emitida por esta Sala de Casación Civil*”.

Con dicha derogatoria, se extingue la vida efímera del procedimiento telemático vigente hasta el momento en el país, y consistente en la presentación previa de cualquier escrito de las partes, o de cualquier decisión por el lado del órgano jurisdiccional, de forma telemática, enviado a través de correos electrónicos.

La utilización de los correos electrónicos -como vía de comunicación entre las partes y el tribunal- queda reducida a los actos de notificación, de ser el caso, lo cual, como se afirmó, es potestativo del juez previa verificación de la

⁵³ “**Artículo 6. Citaciones y notificaciones.** Los trámites relativos a las citaciones y notificaciones se realizarán conforme lo establece la norma adjetiva civil. Excepcionalmente y en respeto a la celeridad procesal, se podrá hacer uso de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles, aportados por las partes cuando las circunstancias de tiempo y lugar lo amerite y siempre y cuando pueda corroborarse la citación o notificación realizada por el funcionario o funcionaria autorizado o autorizada por ley, en pro del postulado consagrado en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

⁵⁴ “**Artículo 7. Audiencias en salas telemáticas.** Se mantendrán las celebraciones de las Audiencias en Salas Telemáticas mediante el uso de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles, cuyas prácticas han repercutido positivamente en la tutela judicial efectiva y en el debido proceso; sin menoscabo de aquellas en que las partes que no posean, no dispongan o no tengan acceso a los medios tecnológicos, por lo que se les deberá facilitar el trámite legal establecido antes del uso de estos mecanismos electrónicos y de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, en garantía del derecho de acceso a la justicia”.

⁵⁵ “**Artículo 8. Mantener medidas sanitarias y bioseguridad.** Se insta a las juezas, jueces, funcionarias y funcionarios integrantes de los tribunales que conforman la jurisdicción civil a nivel nacional, así como, a las abogadas y los abogados, ciudadanas y ciudadanos en general, el acatamiento de las medidas sanitarias de bioseguridad en la ejecución de sus actividades, quedando a salvo las medidas sanitarias que acuerde el Ejecutivo Nacional”.

⁵⁶ “**Artículo 9. Publicación.** Se insta a todas las Juezas y Jueces de la jurisdicción civil, publicar las sentencias interlocutorias y definitivas en el sitio web del Tribunal Supremo de Justicia, www.tsj.gob.ve, el cual es único portal del Poder Judicial reconocido en el país”.

autenticidad de los mismos, así como la celebración de las audiencias telemáticas, en el proceso que por mandato de la Ley se deba aplicar.

Sin embargo, tal como lo comentamos cuando fueron inauguradas las Salas Telemáticas en todo el país, ateniéndonos al principio de legalidad de las formas que rige nuestros actos procesales al juicio ordinario e incluso a la mayoría de los procedimientos especiales, ningún acto procesal supone una audiencia oral que pueda celebrarse de manera telemática, salvo que se trate de la sustanciación de proceso regidos por el procedimiento oral (tránsito terrestre o inquilinario) o en el caso de las audiencias orales y públicas en sede constitucional.

Hemos expresado nuestra opinión sobre la oralidad y telemática, que se requiere la urgente actualización de nuestro Código de Procedimiento Civil para incorporar (sin derogarlo) un capítulo sobre normas generales para la sustanciación y resolución ordinaria de los casos con usos de las tecnologías de información y comunicación -justicia telemática- pero actualizando además el Libro Cuarto, Título XI, correspondiente al procedimiento oral (artículos 859-863) para que definitivamente demos el paso necesario y apegados a nuestra Constitución, en procura de una justicia oral, breve, eficaz y sin dilaciones indebidas.

II. Breves consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las resoluciones en materia de justicia telemática en Venezuela

El conjunto de normas que hemos repasado, unas como el antecedente directo de la justicia telemática, y otras, como la concreta positivización del mismo, merecen un breve repaso en cuanto a su naturaleza, viabilidad, legitimidad y necesidad jurídica actual.

En el contexto institucional de la resolución 005-2020, su cometido fundamental fue reactivar el servicio de justicia, afectado por la paralización total de actividades derivada de la declaratoria del Estado de Alarma a nivel nacional, durante más de seis (6) meses del sistema de justicia, que conllevó a la carencia casi absoluta del servicio de justicia, lo cual constituyó un hecho grave en cualquier sociedad civilizada.

En efecto, a partir del día 13 marzo de 2020 resultó imposible asistir físicamente a las instalaciones de los tribunales del país, quedando seriamente afectada la tutela jurisdiccional respecto de la cual, únicamente las causas penales

que se hallen incurso en lo establecido en el artículo 156⁵⁷ del Código Orgánica Procesal Penal⁵⁸ y las de amparo constitucional podían sustanciarse.

La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 1º de octubre de 2010 dictó la Resolución 2020-0008, mediante la cual se estableció que los Tribunales de la República laborarían así:

A.- Semanas de flexibilización decretadas por el Ejecutivo Nacional: Se consideraron hábiles de lunes a viernes para todos los Tribunales de la República debiendo tramitar y sentenciar todos los asuntos nuevos y en curso.

B.- Semanas de restricción decretadas por el Ejecutivo Nacional: Permanecerían en suspenso las causas y no correrían los lapsos, salvo para aquellas que pudieron decidirse a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia por su parte, aprobó la resolución 005-2020 que estableció el **despacho virtual**, a partir del día lunes 5 de octubre de 2020, para todos los Tribunales que integran la Jurisdicción Civil a nivel nacional, tanto para los asuntos nuevos como los que estuvieren en curso a esa fecha.

Del análisis de la resolución 005-2020, se sigue que se trata de un acto normativo de rango sublegal, mediante el cual se crean disposiciones procedimentales. Ello, sin duda alguna, en nuestro parecer, colide con el Texto Constitucional ya que se invade el ámbito de competencia de la Asamblea Nacional como único Poder Público Nacional Constitucionalmente concebido para dictar actos normativos de carácter general en materia de legislación sobre procedimientos.

La resolución 005-2020 es creadora de normas de procedimiento cuando incluye, con carácter de presupuestos procesales, requisitos formales de obligatorio cumplimiento tanto en el acto introductorio de la instancia -la demanda- como en la contestación, reconvención y citas en saneamiento y garantía. Esto se concreta -como fue expresado- con la necesidad de indicación de dos (2) números telefónicos de cada una de las partes, incluyendo alguno -como mínimo- con la aplicación *WhatsApp*; y la indicación de direcciones de correos

⁵⁷ “**Artículo 156. Días Hábiles.** Para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles. En las fases intermedia y de juicio oral no se computarán los sábados, domingos y días que sean feriados conforme a la ley, y aquéllos en los que el tribunal no pueda despachar. / La administración de Justicia penal es una función del Estado de carácter permanente, en consecuencia, no podrá ser interrumpida por vacaciones colectivas o cualquier otra medida que afecte el cumplimiento de los lapsos procesales. / En materia recursiva, los lapsos se computarán por días de despacho”.

⁵⁸ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

electrónicos de las partes. Del mismo modo, se crea un mecanismo de verificación y confrontación documental no previsto en el Código de Procedimiento Civil ya que se trata de la confrontación de la versión virtual con la versión física del acto procesal y de sus anexos.

Se crean los llamados autos de certeza destinados a aclarar la etapa procesal en la que discurre cada causa y el cómputo preciso de los días de despacho que aún quedan por transcurrir en dicha etapa procesal.

Lo señalado implica la creación de normas procesales constitutivas de reformas al Código de Procedimiento Civil.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, en nuestro parecer la resolución 005-2020 es violatoria del principio de reserva legal e incurre en usurpación de la función legislativa propia y exclusiva de la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo establecido en los artículos 187, numeral 1 y 156, numeral 32 de la Constitución ya que corresponde al Poder Legislativo Nacional dictar leyes en materia de procedimientos.

Al mismo tiempo, se viola el principio de separación de poderes y de legalidad previstos en los artículos 136 y 137 de la Constitución, principios fundamentales en un Estado de Derecho a tenor del artículo 136 del texto Constitucional, ya que se ejercen funciones propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, al legislar en materia de procedimiento civil.

La separación de funciones de los órganos del Poder Público, como principio fundamental del Estado de Derecho, está consagrada en el artículo 136 de la Constitución, según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias otorgadas por la Constitución y la ley. Además, el artículo 137 de la Constitución prevé que la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen⁵⁹.

Somos defensores de la oralidad, intermediación, celeridad, concentración procesal y de la telemática como hecho que indudablemente se nos ha revelado como necesario en todos los ámbitos de nuestra vida cotidiana, con más rigor a partir de marzo de 2020 con la declaratoria del Estado de Alarma a nivel nacional. De hecho, en la cultura arbitral, -de la que somos activos practicantes, bien como árbitro o como abogado de parte- tales conceptos han sido desarrollados y concebidos desde hace algunos años, en los reglamentos de arbitraje a nivel mundial, incluyendo los de nuestros centros de arbitraje CEDCA y CACC.

Sin embargo, -insistimos- la reforma que requiere nuestro Código de Procedimiento Civil para incluir la oralidad como forma de los actos procesales y la virtualidad como mecanismo de hacerlos efectivos y posibles, deben ser el

⁵⁹ Sobre el tema, *Vid.*, Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020, p. 333.

producto del análisis de abogados procesalistas de probada experiencia, que coadyuven a la Comisión de la Asamblea Nacional que al efecto sea designada para esta tarea, con la urgencia y seriedad que el caso requiere.

Ya desde 2014 se han realizado al menos 3 intentos de reforma del Código de Procedimiento Civil y desafortunadamente no se ha concretado su puesta en vigencia por diversas circunstancias, siendo factor común en todos los intentos fallidos, que los mismos se han hecho a espaldas de la sociedad en general (universidades, facultades de derecho, académicos y abogados en ejercicio) y de los especialistas en materia procesal en particular.

Hacemos votos para que ello sea prioridad y en poco tiempo tengamos una legislación general del proceso civil acorde con los paradigmas que la justicia supone ya en esta segunda década del siglo 21.

III. Exégesis de las resoluciones números 004 y 005 de 2020 de la Sala de Casación Civil

La Sala de Casación Civil dictó en fecha 5 de octubre de 2020 la resolución número 004-2020 en la cual estableció la formalización y la impugnación del recurso extraordinario de casación civil de forma telemática.

Se estableció que en todo momento se propenderá a la utilización de los medios telemáticos y digitales⁶⁰, así como se hizo un exhorto de colaborar con las normas sobre bioseguridad para los casos en que los justiciables accedan a las instalaciones del Tribunal Supremo de Justicia⁶¹. De igual forma, se dispuso que las decisiones de la Sala Civil serán publicadas en la página web del Tribunal Supremo de Justicia⁶².

La entrada en vigencia de esta forma particular de tutela jurisdiccional conlleva a analizar -someramente- las distintas fases en que se descompone el proceso civil siendo nuestra primera observación que la resolución 005-2020 no reguló los procedimientos mercantiles especiales, entendiéndose que su ámbito de aplicación fundamental son las causas que se sustancian por el procedimiento ordinario. Por ello nos referiremos a las tradicionales fases de alegación, sustanciación y decisión del procedimiento ordinario.

⁶⁰ Artículo 2.

⁶¹ Artículo 3.

⁶² Artículo 5.

1. Fase de alegación

El proceso virtual comienza, como todo proceso, por iniciativa de parte⁶³. Esta iniciativa, conforme al principio dispositivo⁶⁴, empieza con la interposición de la demanda. El comienzo lógico del proceso no fue alterado en forma alguna por la resolución y aunque no lo enuncia, los requisitos de forma de la demanda continúan incólumes⁶⁵.

Asimismo, en materia de contradicción, se ha respetado el esquema previsto en el Código de Procedimiento Civil en garantía del derecho a la defensa, tales como las defensas previas⁶⁶, el contenido de las defensas de fondo⁶⁷ y básicamente el establecimiento del contradictorio.

En las causas nuevas, los solicitantes o los demandantes, en su caso, debían enviar sus escritos en formato *pdf* a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal distribuidor o Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) de Municipio ordinario y ejecutor de medidas, de Primera Instancia, según corresponda, anexándoles los documentos con los que acompañen su pretensión, en donde además indicarán su correo electrónico, dos (2) números telefónicos, uno de los cuales deberá tener la red social *WhatsApp*, así como los teléfonos y correos de la parte accionada.

En lo que atañe a la presentación de los libelos de demanda, deben cumplirse los requisitos formales establecidos en el Código de Procedimiento Civil, bien sean causas que se sustancian por el procedimiento ordinario, como las que se deban sustanciar por el procedimiento breve, intimación o procedimientos especiales.

⁶³ “La tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas de Derecho Privado no es, por regla general, imperativa o preceptiva, en el sentido de que, si en la vida social no se respetan las normas de Derecho Privado respecto de aquellas situaciones, ni los tribunales tienen, por esa sola razón, el deber de ejercitar su potestad jurisdiccional para actuar el Derecho en el caso, ni están previstos instrumentos independientes de la voluntad de las personas afectadas para instar a los tribunales el ejercicio de su potestad”, Manuel Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil*, Thomson Aranzadi, p. 39.

⁶⁴ “El principio dispositivo tiene dos aspectos: 1) por el primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; 2) por el segundo, que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio”, Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 60.

⁶⁵ Artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

⁶⁶ Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, cit.

⁶⁷ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 350 de fecha 31 de octubre de 2000, Exp. No. 000-82.

Luego de ello, el tribunal competente al que fuese asignado el caso lo registrará en los respectivos libros y en el Diario Digital debiendo remitir acuse de recibo por correo electrónico al demandante, indicándole el día y la hora previstos para la presentación física de los documentos consignados por vía telemática.

Admitida la demanda conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil, el tribunal gestionará la citación del demandado en forma personal, “y remitirá vía correo electrónico la boleta de citación a la parte accionada a la dirección de correo electrónico aportada en la demanda, junto con el escrito libelar y auto de admisión debidamente certificado por el Tribunal, lo cual deberá constatar vía telefónica, debiendo levantar acta de ello, para dejar constancia de tales actuaciones, determinando en forma clara el estatus de la citación del demandado”.

La resolución 005-2020 dispuso que el demandante debía consignar el escrito de cuestiones previas; la contestación de la demanda, reconvenición o cita de terceros, por correo electrónico, en formato *pdf* con sus respectivos anexos, caso en el cual el tribunal remitirá vía correo electrónico a las partes, las diligencias y escritos consignados por su contraparte en forma digital.

En los casos de la contestación de la demanda y la promoción de pruebas, el Tribunal deberá levantar acta dejando constancia de la remisión y la oportunidad en la que se realiza y fijará fecha (día y hora) para la consignación física de los escritos y anexos enviados digitalmente.

2. Fase de sustanciación

Llegada la etapa de promoción y evacuación de pruebas, la resolución 005-2020 previó la digitalización del escrito de promoción de pruebas, y dispuso que la fase de evacuación debe ajustarse a los requerimientos de bioseguridad establecidos por el Estado y el sector salud. Por ello, la promoción y evacuación de las pruebas se realizaba por vía virtual, remitiendo los escritos –las partes– por correo electrónico en formato *pdf*, y el tribunal de la causa debía enviar acuse de recibo expresamente anexando el escrito consignado por su contraparte, y permitir así que cada parte descargue el escrito y los anexos de su contraparte a los fines de ejercer idóneamente el derecho de control de los medios de pruebas promovidos.

Cuando se tratara de evacuación de pruebas que requieran actos materiales de evacuación como: inspección judicial, testigos, posiciones juradas, cotejo, experticia, entre otros, el tribunal fijaba la oportunidad para la realización de los mismos con las debidas medidas de bioseguridad.

De cada actuación el Tribunal debía dar acuse de recibo, lo cual, en nuestra experiencia, casi nunca se cumplió cabalmente.

El remitente debía consignar los originales en la oportunidad fijada, por ante la Unidad Receptora de Documentos respectiva, para constatar o confrontar ambas versiones, siguiendo los protocolos de seguridad sanitaria.

3. Fase de decisión

Al dictarse la sentencia de mérito, el tribunal la publicaba en formato *pdf*, “*debiendo remitirse a las partes, vía correo electrónico, el extenso del mismo en formato pdf, sin firmas*”. Si la misma era dictada fuera del lapso correspondiente, se ordenará la notificación de las partes vía boleta a través de los correos electrónicos aportados por las partes en el proceso. En el portal web se publicaban todos los autos que no sean de mera sustanciación del proceso, así como las boletas de notificación debidamente libradas a las partes (Art. 10).

Según el artículo 11, para todas las causas paralizadas para el día 13 de marzo de 2020, “*salvo aquellas en las que no se hubiese logrado para esa fecha la citación de la parte demandada y las que se encuentren en etapa de dictar sentencia*” se encontraban paralizadas para su reanudación las partes debían impulsarla por correo electrónico, ante lo cual, y una vez que se encontraren a derecho las partes, el tribunal dictaba “*un auto de certeza en el cual establezca en qué etapa procesal y lapso se reanudará la causa, notificando a las partes del mismo*”, debiendo indicarse dos (2) números telefónicos, uno de los cuales deberá tener la red social WhatsApp, así como los teléfonos y correos de la parte accionada. Una vez realizada las notificaciones, la causa proseguirá en su estado procesal correspondiente.

En caso de apelación, el tribunal remitía lo conducente al Tribunal Superior en funciones de distribuidor, o de existir, a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de los Juzgados Superiores (URDD), a los fines de sorteo correspondiente, con lo cual “*el distribuidor enviará en físico las solicitudes y/o demandas a los distintos Tribunales asignados y por correo electrónico los amparos constitucionales contra actuaciones judiciales y exequátur, debiendo asentar lo conducente en Libro Digital destinado a tal fin*”.

En materia de amparos constitucionales contra actuaciones judiciales y de exequátur, también debía asentarlo en el Libro Digital, “*remitiendo, vía correo electrónico al peticionante, acuse de recibo y notificando de forma expresa día y hora de la oportunidad en la cual se llevará a cabo la consignación de los instrumentos enviados vía digital, haciéndoles saber las necesarias medidas de bioseguridad*” (Art. 12).

IV. Análisis de la resolución número 001-2022 de la Sala de Casación Civil

Como hemos afirmado, 2020 trajo consigo la mayor pandemia que en los últimos años experimentara la humanidad, lo cual generó severa restricción a la movilidad general que implicó que el grueso de la población -a nivel mundial- se viera confinada a sus hogares por temor al contagio de un virus de cuyas causas y

efectos poco se conocían en aquel momento. El contexto de la resolución 005-2020 apuntaba a esto: a la necesidad de proteger a los ciudadanos de los contagios por Covid-19, mientras se reactivaba el sistema de justicia.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, de más de treinta y cinco años de vigencia, sigue siendo la norma más importante en materia procesal del país, pero ciertamente, adolecía de un mecanismo de acceso a la justicia por vías telemáticas.

La pandemia hizo que todos en el mundo cambiáramos nuestro modo de vivir y de interactuar, y así se comenzó a hablar de telemedicina, teletrabajo, telemática jurídica, de manera que el proceso judicial no iba a escapar de ello.

Es entendible, pues, que el Tribunal Supremo de Justicia tomara -en Sala Plena- medidas para evitar la paralización total del servicio de justicia a nivel nacional. De allí la génesis de las primeras resoluciones que al efecto se dictaron en Sala Plena, desde la 001-2020 a la 008-2020.

Del mismo modo, la Sala de Casación Civil, acatando el exhorto de la Resolución 008-2020 de la Sala Plena, procedió a dictar la resolución 005-2020, la cual -aún con dudosa constitucionalidad como hemos expresado- vino a representar -en alguna medida- la restitución de las actividades de los tribunales de la jurisdicción civil a nivel nacional, lo cual, fuese recibido con beneplácito por un amplio sector del mundo forense, siendo, sin embargo, observada con lupa por otros⁶⁸.

Con la aparición de las diferentes vacunas para contrarrestar el virus, el paulatino regreso a la normalidad ha sido cada vez mayor en todas las latitudes. Venezuela no sería la excepción, pues en un país con más de treinta millones de habitantes, se hacía imperioso comenzar a darle cuerpo al retorno a las condiciones anteriores a la pandemia.

El retorno a la presencialidad como consecuencia de la relativa mitigación de los efectos del virus fue parte de las vivencias por el retorno a la “nueva normalidad” en el escenario social venezolano. En tal sentido, cabe destacar que tal hecho, en concordancia con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 19 de enero de 2022⁶⁹, marcó un hito para que los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, concretamente los de la Sala de Casación Civil, emitieran la resolución 001-2022 mediante la cual, derogaron -concretamente- la resolución 005-2020, que daba respaldo al despacho virtual en el país.

La corta vigencia de la telemática aplicada al derecho venezolano, deja algunas interrogantes, tales como: luego de hacer una férrea defensa de lo

⁶⁸ Ramón Escovar León, “La reapertura de los tribunales”, en El Nacional, 13 de octubre de 2020, *Vid.* Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/la-reapertura-de-los-tribunales/>.

⁶⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

telemático como medio indispensable para la justicia ¿su paso por el ordenamiento procesal civil era sólo temporal y condicionado a la pandemia? ¿Qué sucede con los derechos de seguridad jurídica que dimanaban de la resolución 005-2020 tales como el auto de certeza? ¿Puede denunciarse su ausencia como un vicio capaz de reponer la causa? ¿Qué sucede con las notificaciones mal practicadas, o nunca hechas, a través de correo electrónico? ¿Podemos decir que hubo violación al derecho a la defensa con ello? ¿Qué decir de las apelaciones en curso que se basan en citaciones o notificaciones practicadas telemáticamente?

Tenemos un hecho concreto y es el regreso a la aplicación estricta de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que implica al mismo tiempo el fin de las actuaciones a través de correos electrónicos. También desaparece el diario digital, e, incluso, el envío de las actuaciones por medio de correos electrónicos. Quedan como reminiscencias de la telemática judicial, las notificaciones y citaciones que por esa vía se practiquen, pero estando éstas supeditadas a la imposibilidad de citación personal, y al arbitrio del juez.

Otro aspecto que llama la atención es que solo hubo expresa derogatoria de la Resolución 005-2020. ¿Qué ocurre entonces con las Resoluciones 003-2020 y 004-2020? Estas no han sido expresamente derogadas, lo cual genera todo un ambiente enrarecido y de desconcierto general, ya que pareciera que se mantiene la casación virtual -creada por virtud de la Resolución 004-2020 y el Despacho Virtual en los Estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta -creado por la Resolución 003-2020-.

Un primer punto que dimana de este retorno a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil es la ratificación de su carácter de perdurabilidad, afín a todos los códigos en un ordenamiento jurídico.

Es por ello que, así como fuimos y somos de la idea de que las normas de justicia telemática dictadas a través de actos de rango sublegal -resoluciones del TSJ-, requerían ser retomadas a través de ley formal, esto es, a través de la reforma oportuna y necesaria de nuestro Código de Procedimiento Civil, incorporando apenas en un capítulo del mismo la telemática al servicio de la justicia y en otro -ya existente- la reforma y adecuación del procedimiento oral como forma de los actos procesales.

Otro aspecto que llama la atención, es la aislada permanencia de las notificaciones por vías telemáticas, y más grave aún, es que se incluyen también las citaciones a través de los medios telemáticos “...cuando las circunstancias de tiempo y lugar lo amerite y siempre y cuando pueda corroborarse la citación o notificación realizada por el funcionario o funcionaria autorizado o autorizada por ley”.

La norma antes transcrita establece, en todo caso, una serie de condiciones para su aplicación:

- (i) Que la parte solicitante aporte las direcciones de correos electrónicos;
- (ii) Que existan circunstancias de tiempo y lugar que lo ameriten; y
- (iii) Además, que pueda corroborarse la citación por el funcionario autorizado por la ley, en este caso, por el alguacil.

El punto neurálgico que queremos resaltar es lo relativo al aserto según el cual “... cuando las circunstancias de tiempo y lugar lo amerite”, dada la ambigüedad de la expresión, pues no queda claro cuándo una circunstancia da pie a la utilización de los medios telemáticos, sobre todo si ello se refiere a la imposibilidad de hacer la citación personal, ya que el Código de Procedimiento Civil establece la obligación de realizar la citación por carteles⁷⁰, y para el caso en que no se halle en el país, seguir las reglas de la citación del no presente⁷¹. Además, la citación es una institución de orden público procesal y no creemos que lo relativo a este instituto procesal, pueda ser regulado y mucho menos modificado a través de actos de rango sublegal.

⁷⁰ “**Artículo 223.** Si el Alguacil no encontrare a la persona del citado para practicar la citación personal, y la parte no hubiere pedido su citación por correo con aviso de recibo, o cuando pedida ésta, tampoco fuere posible la citación del demandado, ésta se practicará por Carteles, a petición del interesado. En este caso el Juez dispondrá que el Secretario fije en la morada, oficina o negocio del demandado un Cartel emplazándolo para que ocurra a darse por citado en el término de quince días, y otro Cartel igual se publicará por la prensa, a costa del interesado, en dos diarios que indique el Tribunal entre los de mayor circulación en la localidad con intervalo de tres días entre uno y otro. Dichos Carteles contendrán: el nombre y apellido de las partes, el objeto de la pretensión, el término de la comparecencia y la advertencia de que si no compareciere el demandado en el plazo señalado, se le nombrará defensor, con quien se entenderá la citación. Se pondrá constancia en autos por el Secretario, de haberse cumplido estas formalidades y se agregará al expediente por la parte interesada, un ejemplar de los periódicos en que hayan aparecido publicados los Carteles. El lapso de comparecencia, comenzará a contarse al día siguiente de la constancia en autos de la última formalidad cumplida”.

⁷¹ “**Artículo 224.** Cuando se compruebe que el demandado no está en la República, se le citará en la persona de su apoderado, si lo tuviere. Si no lo tuviere, o si el que tenga se negare a representarlo, se convocará al demandado por Carteles, para que dentro de un término que fijará el Juez, el cual no podrá ser menor de treinta días ni mayor de cuarenta y cinco, según las circunstancias, comparezca personalmente o por medio de apoderado. Estos carteles deberán contener las menciones indicadas en el artículo anterior y se publicarán en dos diarios de los de mayor circulación en la localidad, que indicará expresamente el Juez, durante treinta días continuos, una vez por semana. Si pasado dicho término no compareciere el no presente, ni ningún representante suyo, el Tribunal le nombrará defensor, con quien se entenderá la citación”.

Lo anterior permite preguntarse: si el demandado no se encuentra en el país y dado el carácter globalizador de los correos electrónicos, ¿se debe realizar la citación por esa vía en detrimento de las disposiciones del 224 del Código de Procedimiento Civil? ¿Hay una prevalencia? ¿Quién asigna el rango de prevalencia?

La norma indica que “*se podrá*” hacer uso de los medios telemáticos, con lo que, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil⁷², ese verbo permite al juez actuar conforme a su prudente arbitrio. Pero esto plantea un problema de aplicación inter-temporal⁷³ visto que no hay orden de prevalencia, ni rango de ponderación.

Pese a todo ello, lo que ha quedado en vigencia es la necesidad de adecuar el Código de Procedimiento Civil a los nuevos tiempos como lo hemos expresado. Esto no significa que se deba realizar una reforma integral del mismo, alterando las múltiples formas procesales, cosa que públicamente hemos rechazado⁷⁴, sino que, por el contrario, deben remozarse las formas de interacción de los justiciables con el Poder Judicial a través de la telemática al servicio de la justicia, pero en un proceso donde la oralidad sea la forma de discurrir de los actos procesales.

El norte donde debe avanzar la telemática en el proceso lo muestra el arbitraje comercial, donde coexisten normas que aplican la sustanciación de los procesos arbitrales a través de medios digitales, sin que ello signifique mengua de las disposiciones sobre el procedimiento común o el breve⁷⁵.

⁷² “**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”.

⁷³ Joaquín Sánchez-Covisa, *La vigencia temporal de la ley el ordenamiento jurídico venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007, pp. 127 y siguientes.

⁷⁴ Álvaro Badell Madrid, “El procedimiento ordinario a la luz del proyecto de Código de Procedimiento Civil TSJ/AN 2015”, en *XVIII Jornadas centenarias internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo “Derecho procesal. Reforma, realidad y perspectivas”*. Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Centenario (1915-2015), Instituto de Estudios Jurídicos Dr. José Ángel Castillo Moreno, Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Lito-Formas, Caracas, 2015, pp. 71-106; y Álvaro Badell Madrid, “El procedimiento ordinario a la luz del proyecto de Código de Procedimiento Civil TSJ/AN 2015”, en *XLI Jornadas J.M. Domínguez Escovar “La necesaria reforma del Código de Procedimiento Civil”*, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez, Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Lara, Librería J. Rincón, Editorial Horizonte, Barquisimeto, 2016, pp. 33-72.

⁷⁵ Para una mejor comprensión, *Vid.*, Reglamento sobre Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de fecha 19 de febrero de

La reforma de nuestro sistema procesal no puede quedar en espera. La pandemia nos abrió los ojos ante la necesidad de actualizar la forma de interacción de los sujetos procesales, sin que ello se constituya en una lesión a los derechos de los justiciables. La automatización del servicio de justicia se presenta como una necesidad y garantía de justicia breve, eficaz y sin dilaciones indebidas, pero dicha reforma no puede ser el resultado de la improvisación ni estar bajo los designios de los Magistrados de turno.

Esta debe obedecer al resultado de la revisión del Código de Procedimiento Civil por un equipo multidisciplinario de abogados, especialistas en derecho procesal, constitucional y telemática, garantizando oír además la opinión de las facultades de derecho de las Universidades más representativas del país; de los Colegios de Abogados, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; del gremio de Jueces y abogados en general, para lograr una reforma puntual -parcial- en corto plazo de nuestro Código de Procedimiento Civil por las vías legítimas para ello, esto es, por el trámite parlamentario de la Asamblea Nacional⁷⁶.

V. Justicia virtual en Sudamérica

Examinada la justicia virtual en Venezuela, nos proponemos revisar -someramente- como ha sido abordado el tema de la justicia virtual en Sudamérica, la cual presenta algunas luces y sombras de lo cual puede aprender mucho la justicia venezolana, sobre todo, de cara a la eventual reforma de las instituciones procesales según lo hemos planteado.

1. República de Argentina

En Argentina se establecieron reglas procesales tendentes a regular concretamente el acceso de los justiciables al Poder Judicial por vía telemática, incluso antes de la existencia de la pandemia del Covid-19.

En tal sentido, se dictaron las denominadas Acordadas 11/2020 y 12/2020, a través de las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina estableció aprobar el uso de la firma electrónica y digital en el ámbito de ese Máximo Tribunal del país, y del resto del Poder Judicial.

Se dispuso, asimismo, que cuando no fuese posible la celebración de acuerdos en forma presencial serán plenamente válidos los que se lleven a cabo por medios virtuales o remotos, pero ellos con carácter excepcional.

En relación en los procesos llevados en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, se ordenó implementar el desarrollo de un sistema

2020; y *Vid.*, Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, de fecha 26 de mayo de 2022.

⁷⁶ José Peña Solís, *El procedimiento legislativo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009.

que permita la presentación remota de recursos de queja por denegación del recurso extraordinario y de demandas que se inicien en la Secretaría de Juicios Originarios.

2. República de Chile

La Convención Constitucional, cuya vigencia cesó en fecha 04 de julio de 2022, previa aprobación del proyecto de Constitución que será sometida a referéndum el venidero 4 de septiembre⁷⁷, aprobó entonces el sistema de funcionamiento que habilita a algunos tribunales a optar por las videoconferencias. Ello aplicable a los juzgados de Familia, Cobranza Laboral y Previsional, así como los de Garantía y Trabajo, Familia y Letras del Trabajo. Siendo el único requisito generar un informe previo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y una autorización de las Cortes de Apelaciones.⁷⁸

La telemática, la digitalización de los procesos y de las audiencias fueron incorporados en Chile desde abril de 2020, fecha de inicio de la declaratoria de Estado de Catástrofe en dicha nación a consecuencia del Covid-19. La ley 21.226, así como las Actas 13, 41 y otras de la Excma. Corte Suprema han regulado esta realidad que es, para citarla, uno de los mejores ejemplos de una “fuente material” del Derecho que pueda hallarse fuera de los textos de Ciencia General⁷⁹.

El Acta N° 41-2020:⁸⁰ del 13 de marzo de 2020, introduce una regulación para incorporar el teletrabajo y el uso de videoconferencia al seno del Poder Judicial, reconociendo el uso de medios telemáticos para realizar el trabajo de funcionamiento de los tribunales. Conforme al Acuerdo de Tribunal Pleno de 28 de mayo de 2020, la modalidad de teletrabajo se ha erigido como la forma regular y ordinaria en que debe prestarse el servicio judicial durante el estado de catástrofe; sin embargo, la necesidad de mantener la salud e integridad de los usuarios, así como para asegurar un mayor acceso y concurrencia de usuarios se dispuso la aplicación plena y con carácter permanente de la normativa de excepción dictada en esa nación.

⁷⁷ “La Convención chilena entrega el texto definitivo de la nueva Constitución”, El País, de España, 4 julio 2022. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-07-04/la-convencion-chilena-entrega-el-texto-definitivo-de-la-nueva-constitucion.html>.

⁷⁸ “Lo telemático llega al sistema de justicia: la Comisión de Constitución aprobó esta modalidad - Chile 24”. Recuperado en: cl24.cl

⁷⁹ Juan Carlos Manríquez “Reformas judiciales en curso: telemática, IA, eficiencia del dinero público y acceso a la justicia”. Recuperado en: mbcia.cl

⁸⁰ Chile, Corte Suprema, Auto Acordado-41, 18 de marzo de 2020, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: bcn.cl

La Ley N° 21.226:⁸¹ promulgada el 01 de abril de 2020 y publicada en el Diario Oficial de la Republica el 02 de abril de 2020, establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad covid-19 en Chile.

El Acta N° 13-2021 de la Corte Suprema:⁸² con vigencia desde el 21 de febrero de 2021, donde acuerda para los remates judiciales de bienes inmuebles mediante el uso de videoconferencia en tribunales.

3. República de Colombia

En Colombia existen varios instrumentos que permiten la utilización de la justicia virtual en el vecino país. El primer texto legal que habilita la posibilidad de activar el sistema de judicial virtual es el Código General del Proceso del 12 de julio de 2012. En dicha ley –encargada de la tramitación de los procesos judiciales en toda la nación– se positivizan algunos enunciados jurídicos que permiten el uso de medios telemáticos para la apertura, sustanciación y cierre de los trámites judiciales.

En Colombia igualmente se publicó el Decreto Legislativo 806, el 4 de junio de 2020 “*por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia*”.

La implementación de estos mecanismos significó que el justiciable tuviese un acercamiento a los órganos de administración de justicia a través de los instrumentos telemáticos, con visión vanguardista, de avanzada, adaptando las circunstancias del vecino país a la tendencia actual en el orbe.

4. República de Ecuador

El Código Orgánico General de Procesos del 22 de mayo de 2015, regula buena parte de la actividad judicial de forma virtual, *ad exemplum*, el tema de las

⁸¹ Chile, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ley-21226, 2 de abril de 2020, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: bcn.cl

⁸² Chile, Corte Suprema, Auto Acordado-13, 22 de enero de 2021, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: bcn.cl

comunicaciones a las autoridades y terceros⁸³; el expediente electrónico⁸⁴; las actuaciones procesales⁸⁵; los documentos digitalizados⁸⁶; entre otros.

Por su parte, otro instrumento normativo que regula la justicia digital es la a Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial⁸⁷ que estableció el inicio de los procesos de interoperabilidad entre el Consejo de la Judicatura, la Fiscalía General del Estado, la Defensoría Pública y la Policía Nacional y determinó la puesta en marcha de una plataforma electrónica segura para la prestación de servicios notariales telemáticos.

Por otro lado, se implementó el **E-SATJE 2020** que significa la evolución del Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano de fecha 21 de junio de 2020. Como sugiere su denominación, el “E-SATJE 2020” es la evolución del Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano, a través de su Oficina de Gestión Judicial Electrónica, tiende a garantizar que los usuarios optimicen su tiempo, eviten desplazamientos innecesarios a las dependencias judiciales y reduzcan los riesgos de contagio con el COVID-19⁸⁸.

Para acceder al sistema se necesita tener firma electrónica, que puede ser adquirida en el Consejo de la Judicatura u otra entidad certificadora.

⁸³ “**Artículo 69.** Comunicaciones a autoridades y a terceros. Cuando la o el juzgador deba comunicar a una autoridad o a un tercero una providencia para el cumplimiento de un acto procesal, lo hará a través de una comunicación debidamente registrada en el proceso, enviada por medio físico o digital”.

⁸⁴ “**Artículo 115.** Expediente electrónico. Es el medio informático en el cual se registran las actuaciones judiciales. En el expediente electrónico se deben almacenar las peticiones y documentos que las partes pretendan utilizar en el proceso. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los expedientes electrónicos deben estar protegidos por medio de sistemas de seguridad de acceso y almacenados en un medio que garantice la preservación e integridad de los datos”.

⁸⁵ “**Artículo 116.** Actuaciones procesales. Podrán realizarse a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología”.

⁸⁶ “**Artículo 117.** Documentos digitalizados. A las peticiones y demás actos de impulso procesal que se realicen por medio electrónico se acompañarán digitalizados o escaneados documentos de diversa procedencia, estructura y formatos, textos, sonido e imágenes. Los documentos cuya digitalización sea inviable por su gran volumen o por su ilegibilidad deberán ser presentados físicamente en la unidad judicial a más tardar el día siguiente del envío de la petición electrónica”.

⁸⁷ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345 del 8 de diciembre de 2020.

⁸⁸ Recuperado en: <https://derechoecuador.com/justicia-digital-en-ecuador/>

Para quienes aún no cuenten con la firma electrónica se mantienen habilitadas las ventanillas físicas hasta que culmine la habilitación total del E-SATJE, en todo el territorio nacional.

5. República de Bolivia

En febrero de 2021 el Tribunal Supremo de Justicia remitió el proyecto de Ley de “Justicia Digital” a la Asamblea Legislativa Plurinacional para su consideración y aprobación. El artículo 7 de ese proyecto de Ley, describe que se creará, la ciudadanía digital, el expediente electrónico, la firma digital, la notificación electrónica. Se crea el Sistema Única de Gestión de Causas, las Resoluciones Judiciales Digitales, el Despacho Judicial Digital, el Registro Judicial Digital, el Documento Electrónico, las Medidas de Seguridad y la Gestión de Documentos.

6. República Federativa de Brasil

El primer paso que se dio en Brasil hacia la modernización del Sistema Judicial fue la firma, en el año 2004, del Pacto de Estado a favor de un Sistema Judicial más Rápido y Republicano. En 2006 se creó en Brasil la Ley 11 419, que defiende la informatización del proceso judicial. Se creó el primer Centro de Inteligencia Artificial de Brasil para investigar el uso de Ciencia de Datos en la Justicia.

Como este entendimiento tenemos que la Ley 11.419, lleva a los operadores de derecho en el camino de la modernidad, que es la realidad del mundo globalizado en que vivimos, dejando todo el proceso automatizado para reducir tiempo y costos⁸⁹.

Ley 12 965 del 23 de abril de 2014, llamada “La Constitución del Internet”. Establece los principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet en Brasil⁹⁰.

VI. Conclusiones y recomendaciones

Las vicisitudes que apareja la entrada en vigencia de la resolución 005-2020 de la Sala de Casación Civil, si bien pueden representó un paliativo en cuanto a la voluntad de poner en marcha el servicio de justicia en medio de esta Pandemia, sin embargo, ello se hizo, a través de normas de dudosa constitucionalidad y usando correos y redes sociales que nos garantizan la seguridad jurídica de los justiciables.

⁸⁹ Recuperado en: anima-opet.com.br

⁹⁰ “Acceso a la información judicial: Mirando afuera: Brasil”. Recuperado en: espacioudesa.blogspot.com

La ultraactividad que dimana de la vigencia de las disposiciones sobre notificaciones telemáticas⁹¹, y con el aditamento de las citaciones por la misma vía, observamos la continuidad de la patología constitucional que, pese a que sólo atañe a dos puntos concretos, cercenan la garantía de orden público de la citación, y de seguridad jurídica de la notificación.

Como fuere, la pérdida de la vigencia de la resolución 005-2020 no significa de entrada la derogatoria de la justicia virtual, teniendo la vista puesta precisamente en la posibilidad de notificaciones y citaciones telemáticas; amén de que la poca precisión en la disposición normativa sobre la materia puede conllevar a eventuales problemas, sobre todo en lo tocante a la citación, la cual es materia de orden público.

La virtualidad del proceso –o, mejor dicho: la digitalización del mismo– puede ser una estupenda herramienta para acercar más el proceso al justiciable, pero a su vez, si el mismo es realizado de manera improvisada puede afectar la garantía constitucional del derecho a la defensa y debido proceso.

Hacemos votos por una reforma del Código de Procedimiento Civil en la cual se incluyan la oralidad, así como el uso de los medios digitales como herramientas ordinarias de comunicación no sólo con el tribunal sino entre las partes, pero siempre usado con experticia, prudencia y acatamiento a las garantías constitucionales del proceso, y siempre con miras a tener un sistema de justicia que impregne confianza en la sociedad.

Venezuela debe aprovechar la experiencia de otros países de la región, que a esta fecha han transitado durante varios años inclusive por la senda de la justicia telemática, ya que ella, sin duda alguna, es de urgente y legal aplicación en nuestro país para garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva de los justiciables en términos del artículo 26 de la Constitución.

Caracas, julio 2022.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Acceso a la información judicial: Mirando afuera: Brasil”. Disponible en: espacioudesa.blogspot.com

ARIAS CASTILLO, Tomás A., *La reviviscencia de las leyes: una potestad discrecional de los tribunales constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, FUNEDA, Caracas, 2015.

⁹¹ José Peña Solís, *Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999*, FUNEDA, Caracas, 2009; Tomás A. Arias Castillo, *La reviviscencia de las leyes: una potestad discrecional de los tribunales constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, FUNEDA, Caracas, 2015.

BADELL MADRID, Álvaro, “El procedimiento ordinario a la luz del proyecto de Código de Procedimiento Civil TSJ/AN 2015”, en *XVIII Jornadas centenarias internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo “Derecho procesal. Reforma, realidad y perspectivas”*. Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Centenario (1915-2015), Instituto de Estudios Jurídicos Dr. José Ángel Castillo Moreno, Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Lito-Formas, Caracas, 2015.

____ “El procedimiento ordinario a la luz del proyecto de Código de Procedimiento Civil TSJ/AN 2015”, en *XLI Jornadas J.M. Domínguez Escovar “La necesaria reforma del Código de Procedimiento Civil”*, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez, Unidad Académica del Colegio de Abogados del Estado Lara, Librería J. Rincón, Editorial Horizonte, Barquisimeto, 2016.

BADELL MADRID, Rafael, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020

BRIONES, Diana, “Justicia Digital en Ecuador”, DerechoEcuador. Disponible en: <https://derechoecuador.com/justicia-digital-en-ecuador/>.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Reglamento General, de fecha 26 de mayo de 2022.

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Reglamento sobre Conciliación y Arbitraje, de fecha 19 de febrero de 2020.

Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ley-21226, 2 de abril de 2020, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: bcn.cl

Corte Suprema de Chile, Auto Acordado-41, 18 de marzo de 2020, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: bcn.cl

____ Auto Acordado-13, 22 de enero de 2021, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: bcn.cl

Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 345 del 8 de diciembre de 2020

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, “La reapertura de los tribunales”, en El Nacional, 13 de octubre de 2020, *Vid.* <https://www.elnacional.com/opinion/la-reapertura-de-los-tribunales/>.

“La Convención chilena entrega el texto definitivo de la nueva Constitución”, disponible en El País, de España, Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-07-04/la-convencion-chilena-entrega-el-texto-definitivo-de-la-nueva-constitucion.html>.

“Lo telemático llega al sistema de justicia: la Comisión de Constitución aprobó esta modalidad - Chile 24”. Disponible en: cl24.cl

MANRÍQUEZ, Juan Carlos “Reformas judiciales en curso: telemática, IA, eficiencia del dinero público y acceso a la justicia”. Disponible en: mbcia.cl

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Thomson Aranzadi, Valencia, 2005.

PEÑA SOLÍS, José, *El procedimiento legislativo en Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009.

____ *Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999*, FUNEDA, Caracas, 2009.

ROMERO-MUCI, Humberto, *El Derecho y el revés de la contabilidad*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2011.

____ *Lo racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004.

____ *Uso, Abuso y Perversión de la Unidad Tributaria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

SÁNCHEZ-COVISA, Joaquín, *La vigencia temporal de la ley el ordenamiento jurídico venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007.

Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 274 de fecha 30 de mayo de 2013, con ponencia de Yraima Zapata Lara.

____sentencia identificada RC-000125, fechada 27-08-2020, expediente número AA20-C-2018-000254.

____sentencia número 350 de fecha 31 de octubre de 2000, Exp. No. 000-82.

____ Resolución 004-2020.

____ Resolución 005-2020.

VELANDIA PONCE, Rómulo, *El documento electrónico y sus dificultades probatorias*, Álvaro Nora, Caracas, año 2015.

Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

____ Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.970 del 13 de marzo de 1987 y en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

____ Código Orgánica Procesal Penal, publicado en Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

____ Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación en el 2005, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.242 del 3 de agosto de 2005, con su reforma publicada en la Gaceta Oficial N° 39.575 del 16 de diciembre de 2010.

____ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

____ Ley de Infogobierno, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.274 del 17 de octubre de 2013.

____ Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

____ Decreto número 825, mediante el cual se declaró el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.955 del 22 de mayo de 2000.

____ Decreto número 3.390, mediante el cual dispuso que la Administración Pública Nacional empleará prioritariamente Software Libre desarrollado con estándares abiertos, en sus sistemas, proyectos y servicios informáticos, publicado en la Gaceta Oficial N° 38.095 del 28 de diciembre de 2004.

¿DEFENSOR *AD LITEM* EN EL ARBITRAJE?

Pedro Alberto Perera Riera *

SUMARIO

I. Introducción. II. Del arbitraje. III. De la Asistencia Jurídica. IV. De la función constitucional del defensor *ad litem* en la asistencia jurídica. V. Conclusiones preliminares.

I. Introducción

Seguramente este es un tema que será muy polémico en el mundo del arbitraje, además de ser novedoso, pues de hecho hasta el momento no hemos encontrado doctrina judicial, ni arbitral ni autoral sobre la procedencia o no de la designación del defensor *ad litem* en el arbitraje en ausencia del demandado, pero por razón de orden constitucional consideramos pertinente traerlo a colación, sin pretender en lo absoluto crear doctrina autoral, sino simplemente, de forma breve y sencilla, para abrir un bienvenido y enriquecedor debate acerca de si debe o no designarse defensor *ad litem* en el arbitraje en ausencia del demandado que no pudo ser citado personalmente para comunicarle la existencia de la demanda arbitral incoada en su contra, a los fines de que presente su respectiva contestación.

De no ser posible la citación personal del demandado, se prevé, por lo general, la citación mediante mecanismos alternos, tales como, entre otros, la citación por carteles publicados en un medio de comunicación impreso, telemático o digital, correo electrónico, correo certificado. En nuestra opinión, los medios alternos de citación, distintos a la citación personal, no garantizan con absoluta certeza que el demandado llegue a conocer efectiva y oportunamente la demanda presentada en su contra, sea ésta judicial o arbitral, con el fin de contestarla dentro del lapso establecido en ley, en el acuerdo de arbitraje o en el reglamento de arbitraje.

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello (1983). Especialista en Derecho Procesal Civil Universidad Católica Andrés Bello (1989). Socio del Escritorio D'EMPAIRE. Socio correspondiente del Club Español del Arbitraje (CEA). Miembro del Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (Venamcham). Miembro de la lista oficial de árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

Por ello, cabe la pregunta ¿será o no obligatorio designar defensor *ad litem* en el arbitraje en ausencia del demandado citado por medios alternos, independientemente que en el arbitraje no aplique la confesión ficta del demandado? Para contestar esta pregunta pasamos a exponerlas siguientes breves consideraciones.

II. Del arbitraje

El arbitraje es un medio alternativo para la solución de conflictos, el cual tiene su base en el artículo 258¹ Constitucional, lo cual vino a ser una innovación, puesto que por vez primera se reconoce rango constitucional a los medios alternativos para la solución de conflictos, a saber el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de controversias, así como su inclusión, aun cuando no forma parte del Poder Judicial, dentro del sistema de justicia ex artículo 253² Constitucional.

Así, en sentencia número 462³ dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20 de mayo de 2010 (expediente N° 10-0080, caso GUSTAVO E. YÉLAMO LIZARZÁBAL) se dejó sentado que:

“Ahora bien, esta Sala como garante de la supremacía constitucional, ha sentado criterios respecto al arbitraje como parte del sistema de justicia, que recogen y adecuan al foro, a los principios de derecho internacional que rigen la materia, siendo relevante destacar que los medios alternativos de solución de conflictos y, en particular el arbitraje, producen decisiones que se convierten en cosa juzgada -vgr. Laudo arbitral- y, por tanto, son parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00, 827/01 y 1.393/01-, y que por tal virtud son capaces de vincular (al igual que lo haría una sentencia) a las partes intervinientes en tales procedimientos.”

¹ Segundo párrafo del Artículo 258 Constitucional: *“La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”*.

² Tercer párrafo del artículo 253 Constitucional: *“El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados y abogadas autorizadas para el ejercicio.”*

³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML>, consultado en fecha 08 de junio de 2022.

III. De la Asistencia Jurídica

Debido a que, mediante el arbitraje, como parte del sistema de justicia, se ejerce la actividad jurisdiccional que se materializa con la producción del laudo arbitral, es forzoso concluir que el arbitraje, incluyendo al acuerdo arbitral y a los reglamentos de arbitraje, está sometido o subordinado a las normas y principios constitucionales, específicamente, respecto a este tema en estudio, al artículo 49.1 Constitucional⁴ que expresamente establece:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso...” (destacado en negro es nuestro).

Ahora bien, ¿que entendemos por asistencia jurídica? En atención al principio de interpretación normativa ex artículo 4⁵ del Código Civil, tenemos que para el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁶ la asistencia jurídica es el *“Servicio que los abogados prestan a las personas que precisan de sus conocimientos jurídicos para defender sus derechos. “De igual forma, para el Diccionario panhispánico del español jurídico⁷ la asistencia jurídica es el “Servicio que los abogados prestan a las personas físicas o jurídicas que precisan de sus conocimientos jurídicos para defender sus derechos.”*

Por lo tanto, está claro que la asistencia jurídica es un servicio que prestan los abogados para la defensa de los derechos e intereses de las personas físicas o jurídicas que requieran de sus conocimientos profesionales.

Entonces, si bien es cierto que la asistencia jurídica puede estar comprendida dentro del concepto general del derecho a la defensa, es relevante destacar que el artículo 49.1 al utilizar la conjunción “y” para añadir individual y concretamente la figura de la asistencia jurídica, esto nos permite afirmar, en nuestro criterio, la existencia de la inequívoca orden constitucional de que en

⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario número 5.453 del 24 de marzo de 2000.

⁵ Artículo 4 del Código Civil de Venezuela (Ley de Reforma Parcial del Código Civil publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario de la República de Venezuela número 2990 del 26 de julio de 1982): *“A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.”*

⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición 1992, Tomo 1, 1992, p. 212.

⁷ Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/asistencia-juridica>, consultado en fecha 08 de junio de 2022.

todo proceso, judicial o arbitral, la asistencia jurídica es obligatoria como parte del debido proceso, dado su carácter de inviolable en todo estado y grado de éste.

IV. De la función constitucional del defensor *ad litem* en la asistencia jurídica

Respecto de la función constitucional del defensor *ad litem* en el proceso, así como su rango de auxiliar de justicia de defensa del demandado, la Sala de Casación Civil del Tribunal de Justicia⁸ estableció lo siguiente:

“La Carta Política de 1999, encabeza su artículo 49 con la garantía constitucional del **debido proceso (due process of law)** aplicable a las actuaciones judiciales y administrativas, dándole desarrollo en el numeral 1º, cuando entiende que la defensa y **asistencia jurídica** constituyen un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso, normas constitucionales éstas que, como indica **Héctor Fix Zamudio** (*Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. México, UNAM, 1974, p. 106), se dirigen hacia la realización de una justa y rápida impartición de la justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento, con el objeto de que las partes puedan obtener las condiciones necesarias para la resolución debida y eficaz de las controversias en las cuales intervengan. El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo es, para pensadores de la talla de **John Rawls** (*Teoría de la Justicia*. Londres. Universidad de Oxford. 1973. p. 239), un requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho, definiendo el debido proceso como aquél que: “...razonablemente está estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las finalidades constitucionales.....” Por otra parte, hay quienes inclusive consideran el debido proceso como un principio general del derecho, común a la tradición occidental, y con fuerza normativa, incluso a falta de un texto jurídico positivo que lo consagre, hasta llegar a las concepciones del filósofo del derecho **Karl Larenz** (*Derecho Justo. Fundamentos de ética Jurídica*. Ed. Civitas. Madrid, 1985. p. 188 y 189), quien considera al debido proceso como una de las principales instituciones procesales de un Estado de derecho, integrados por principios de la imparcialidad de Juez, de contradicción, de audiencia, vinculados al respeto de la persona humana, a la que debe dársele ocasión de manifestarse antes de que otra persona (juez), tome una decisión en un asunto que concierne a la primera.

(...omissis...)

⁸ Sala de Casación Civil del Tribunal de Justicia, sentencia N° 408 de fecha 21 de junio de 2017, caso FRANCISCO RAFAEL RATTIA contra los ciudadanos ENEIDA COROMOTO MAY TORRES y otros, expediente N° AA20-C-2016-000960. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/200143-RC.000408-21617-2017-16-960.HTML> consultado en fecha 08 de junio de 2022.

*Para la Sala el debido proceso es una institución procesal que con la Constitución de 1999, ha adquirido “el rango de derecho cívico fundamental”, para usar la expresión del maestro **Eduardo Couturé** (Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil. T 1. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1978, p. 22), ya que como decía **Piero Calamandrei**, el derecho inviolable de defensa ha entrado al campo constitucional “entre los derechos fundamentales reconocidos por todos”, que se fortalece mediante el tejido de sus variantes de: derecho de intervenir en el juicio para aportar defensas y excepciones, para promover y evacuar medios probatorios, de intermediación, control y contradicción y de recurrir del fallo adverso, del fallo del gravamen, constituyendo el soporte fundamental del proceso justo propio de la praxis del proceso actual Venezolano del Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia, que no es otra cosa que un proceso regido por una teoría del proceso que incorpora la realidad social y la experiencia jurídica a través de una compleja estructura de valores jurídicos constitucionales propias de la comprensión axiológica del proceso en el sistema de Justicia (Art. 257 CRBV), en otras palabras, la finalidad última de la constitucionalización de las garantías procesales no es otra que lograr la pretendida Justicia, reconocida en nuestra Carta Magna como un valor superior del ordenamiento Jurídico (Art. 2 CRBV).*

*Un ejemplo de ello, lo constituye la institución de la **Defensa en Juicio**, que como señala **Alex Carocca Pérez** (Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Ed. Bosch. Barcelona. 1998. p. 17), se refiere a la actividad procesal que desarrollan las partes: “... primero, como reacción ante una demanda y, luego, ante cualquier actividad procesal de la otra parte que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses en el transcurso de un juicio ya iniciado...”; que en la República Bolivariana de Venezuela se desarrolla en el principio de equilibrio procesal (Art 15 Código Procesal Civil), que involucra que ambas partes estén asistidas o representadas por abogado y, en el caso particular de no logarse el acto de comunicación procesal por excelencia (citación), que el demandado cuente con una defensa “efectiva y técnica” a través de un abogado designado por el Tribunal de la causa, denominado defensor de oficio o ad litem, parte fundamental del derecho de defensa que se otorga al demandado que no está en la República, que no tuviere apoderado o que no fuere localizado por las formas de comunicación procesal, derivando su facultad representativa de la garantía constitucional supra citada y de un acto jurisdiccional del Juez que procede a nombrarlo en sus funciones de rector del proceso y por autorización de la Ley (Art 224 Código Adjetivo Civil) persiguiendo un doble propósito: a) Que el demandado que no pudo ser citado personalmente ni por carteles, sea emplazado, para lograr una recta administración de justicia al representar y defender los intereses del no presente (por un abogado en ejercicio) en beneficio del orden social y del buen desenvolvimiento de las instituciones*

del Estado, que busca trabar la litis que permite el proceso válido, su sustanciación y termine por un fallo de fondo y, b) Que el demandado tenga una debida defensa así no lo haga personalmente, lo que le otorga al defensor, un rango de auxiliar de justicia de carácter constitucional de defensa del demandado, con un mandato de Ley general que tiene todo poderdista.”(el destacado en negro en la frase “y asistencia jurídica” es nuestro).

La anterior sentencia fue ratificada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia mediante fallo número RC-000184 de fecha 22 de octubre de 2020, caso MIGUEL ÁNGEL MOYETONES contra las sociedades mercantiles FARMACIA MUNICIPAL C.A. Y FARMACIA MUNICIPAL II⁹.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con las obligaciones del defensor *ad litem*, ha establecido en los fallos N° 33¹⁰ del 26 de enero de 2004, ratificada en sentencias N° 531¹¹ del 14 de abril de 2005, N° 65¹² del 10 de febrero de 2009, N° 1.073¹³ del 30 de julio de 2013, N° 1.416¹⁴ del 23 de octubre de 2013, N° 1.330¹⁵ del 16 de octubre de 2014, N° 1762¹⁶ del 17 de diciembre de 2014, N° 12¹⁷ del 13 de febrero de 2015 y N° 627¹⁸ del 20 de mayo de 2015, el criterio vinculante en las que se señala que los defensores *ad litem* se encuentran obligados, como miembros del sistema de justicia, a defender efectivamente a sus representados y los jueces, como rectores del proceso, a proteger al demandado de la conducta negligente de los defensores *ad litem*.

⁹ Sentencia disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/310216-RC.000184-221020-2020-19-640.HTML> consultado en fecha 08 de junio de 2022.

¹⁰ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/33-260104-02-1212%20.HTM>

¹¹ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/531-140405-03-2458.HTM>

¹² Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/65-10209-2009-09-0055.HTML>

¹³ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1073-30713-2013-13-0144.HTML>

¹⁴ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/157782-1416-231013-2013-13-0612.HTML>

¹⁵ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/170041-1330-161014-2014-14-0803.HTML>

¹⁶ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173103-1762-171214-2014-14-0595.HTML>

¹⁷ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/174264-12-13215-2015-14-1333.HTML>

¹⁸ Sentencia disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/177548-627-20515-2015-15-0333.HTML>

V. Conclusiones preliminares

Debido al carácter constitucional del derecho a la asistencia jurídica, y su inviolabilidad, ex artículo 49.1 Constitucional, podría dar lugar a la posible tesis a favor de la procedencia de la designación del defensor *ad litem* en el arbitraje en ausencia del demandado citado mediante medios alternos, distintos a la citación personal. Así como los jueces de la República están en la obligación de asegurar la integridad de la constitución (artículo 334¹⁹ Constitucional), de igual forma los árbitros, como parte del sistema de justicia, tienen la misma obligación constitucional, por lo que éstos se encuentran obligados a interpretar la Ley de Arbitraje Comercial²⁰ (“LAC”), el acuerdo arbitral y los reglamentos de arbitraje en armonía con las normas y principios constitucionales.

Por consiguiente, cuando se trate de interpretar la normativa, acuerdos y reglamentos arbitrales, los árbitros deben observar y asegurarla supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales ex artículos 2²¹, 7²², 26²³,

¹⁹ Primer párrafo del artículo 334 Constitucional: “*Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.*”

²⁰ Ley de Arbitraje Comercial publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.430 de fecha 07 de abril de 1998.

²¹ Artículo 2 Constitucional: “*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.*”

²² Artículo 7 Constitucional: “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.*”

²³ Artículo 26 Constitucional: “*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.”

49 (en el tema que nos ocupa 49.1²⁴), 257²⁵ y 334²⁶ constitucionales, es decir, deben realizar la “*interpretación constitucionalizante*”, conforme a la denominación dada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia.

En este sentido, los árbitros, dada la hipótesis en estudio, podrían, en principio, estar obligados a designar de oficio al defensor *ad litem*, aun cuando la LAC, el acuerdo arbitral y los reglamentos de arbitrajes no prevean esta figura para la defensa del demandado en arbitraje, so pena de que el laudo arbitral pudiese posiblemente quedar, en principio, inválido al menoscabar el derecho constitucional a la asistencia jurídica.

De ser aceptada esta posible tesis, la impugnación contra el laudo arbitral podría encuadrarse en las causales de nulidad, por quebrantamiento al debido proceso, ex artículo 44.b y 44.c²⁷ de la LAC. Asimismo, esta posible vulneración al debido proceso podría ocasionar, en principio, la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero ex artículo 49.b²⁸.

²⁴ Artículo 49.1 Constitucional: “*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...” (destacado en negro es nuestro).

²⁵ Artículo 257 Constitucional: “*El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia...*”

²⁶ Véase la nota de pie de página número 19.

²⁷ Artículos 44.b y 44.c de la LAC: “*La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:*

(...omissis...)

b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos;(el destacado en negro es nuestro).

c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley”

(...omissis...)”(el destacado en negro es nuestro).

²⁸ Artículo 49 de la LAC: “*El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado sólo se podrá denegar:*

(...omissis...)

b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos...” (el destacado en negro es nuestro).

No obstante, lo precedentemente expuesto son meras ideas preliminares para la reflexión sobre este tema, el cual lo exponemos con el fin de fortalecer al sistema de arbitraje y asegurar el blindaje del laudo arbitral proferido de conformidad con la Constitución y la normativa arbitral aplicable al caso concreto.

En fin, corresponderá a la doctrina judicial, arbitral y autoral determinar la aceptación o no de esta posible tesis. Por lo tanto, no descartamos que puedan existir argumentos valederos para contradecir o rebatir la procedencia de ésta. Bienvenidos al debate.

EL ESTÁNDAR DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO COMO GARANTÍA DEL RESPETO AL ESTADO DE DERECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

*José Gregorio Torrealba R.**

SUMARIO

Introducción. I. Las raíces del estándar de TJE. II. La naturaleza del estándar de TJE. III. La relación del TJE con otros estándares y las fórmulas previstas en los AIIs; a. La interacción del TJE con otros estándares. IV. Elementos del TJE; a. Expectativas legítimas; b. Arbitrariedad y no discriminación; c. Transparencia. d. Proporcionalidad. V. El TJE como expresión del Estado de Derecho. Conclusión.

Introducción

Las primeras líneas de este trabajo deben destacar mi agradecimiento a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales por la invitación a contribuir con el Libro Homenaje al Dr. Humberto Romero-Muci, quien ejerció la presidencia de la Academia justo durante la pandemia del COVID-19. Esta circunstancia hizo que su presidencia se tornara hiperactiva en la organización de eventos y publicaciones debido a la demanda generada por la cuarentena impuesta en prácticamente todos los países del orbe y con ella, la irrupción de la virtualidad, que al menos en la teoría, hacía más sencilla la organización de eventos de corte académico. Durante esa misma época me tocó ejercer la presidencia de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) y esto me dio la oportunidad de trabajar en equipo con el Dr. Romero-Muci, quien dio continuidad al decidido apoyo que la Academia ha dado al arbitraje en Venezuela y a la AVA en particular.

* PhD (Candidato) y LL.M. (2004), *King's College London, University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Profesor en los cursos de especialización en Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018). Miembro de la Comisión de ADR y Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Presidente Honorario de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Fui testigo del esfuerzo del Dr. Romero-Muci por mantener la calidad en cada evento, que fueron muchos y sobre las más diversas materias, en los que siempre participó ofreciendo sus pertinentes palabras, demostrando su compromiso y capacidad inagotable de trabajo. Merecido este homenaje al Dr. Romero-Muci.

Desde hace ya varios años, la importancia del estándar de trato justo y equitativo (TJE) previsto en la amplia mayoría de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs) ha venido creciendo, tomando el lugar que en algún momento ocuparon los reclamos por expropiación. Esto puede deberse también a un cambio en la conducta de los Estados, que si bien pueden tomar medidas que tengan efectos equivalentes a una expropiación, ejercen ahora la potestad expropiatoria de forma menos estridente y conforme a los extremos legales internacionales. Como veremos, los extremos para probar la existencia de una expropiación indirecta, que implica la privación del valor de la inversión en su totalidad, son mucho más exigentes que los requeridos para demostrar la violación del TJE, que no requiere un daño total a la inversión.

Pero, como sucede con los demás estándares de protección a la inversión extranjera, el objeto y alcance del estándar de TJE depende de la interpretación casuística que le den los tribunales arbitrales que conozcan de estos reclamos. Estando además en un sistema en el que el principio *stare decisis* no existe, cada tribunal arbitral puede asumir una interpretación distinta del estándar, pues no hay tribunales arbitrales superiores que puedan fijar lineamientos a otros, lo que constituye una de las críticas formuladas al sistema de arbitraje internacional de inversiones, que pide consistencia a los Estados, pero no tiene posibilidad de darla de inmediato debido a la descentralización inherente del sistema. La jurisprudencia, con el tiempo, va asentando criterios que van dando forma y contenido a los estándares, hasta llegar a un punto en el que se identifican elementos esenciales de manera prácticamente generalizada.

En el derecho internacional, el contexto histórico en el que surgen los estándares es de suma relevancia para poder entenderlos, por lo que comenzamos este trabajo tratando el tema de las raíces del estándar de TJE, que como veremos, poco tiene que ver con la protección de inversiones extranjeras y mucho con la garantía al debido proceso, fundamental para el denominado estándar internacional mínimo de trato a los extranjeros, cuya relación también abordamos más adelante.

La investigación histórica sobre el TJE nos llevará a desentrañar su naturaleza, que como veremos, no ha estado libre de debate debido a la relación estrecha que tiene - o que se le ha atribuido - con el estándar internacional mínimo. Posteriormente, por la forma en que están formulados los distintos estándares, abordaremos la relación del TJE y las diferentes redacciones o fórmulas que han adoptado los Estados para la inserción del TJE en sus AIIs y las implicaciones que esto pueda tener en su interpretación.

Trataremos de sintetizar lo que han sido las interpretaciones jurisprudenciales que han dado lugar a los elementos esenciales del TJE, para lo que hemos tomado en consideración que varios de los que han sido enunciados como elementos separados, en realidad se subsumen dentro de otros o no son sino supuestos de hecho que se encuentran dentro del objeto y alcance del TJE.

Finalmente, expondremos un criterio que han venido defendiendo varios autores en la doctrina según el cual, el TJE es un estándar que controla la actuación del Estado con relación al principio de legalidad, al Estado de Derecho en general, al punto que ha sido comparado en su función con el derecho constitucional.

I. Las raíces del estándar de TJE

Los antecedentes del estándar de TJE se remontan al Siglo XVII, cuando los británicos comenzaron a incluir en sus tratados el requerimiento de “justicia y equidad” en el trato a los extranjeros en lo referente a la administración de justicia.¹ La decisión más remota a la que los autores consultados hacen referencia, fue la dictada por *Lord Chancellor Loughborough* en 1798 en el caso *Betsey*,² en el que utilizó la fórmula “trato justo y equitativo” para referirse al trato debido a los extranjeros bajo la protección de estos tratados. Otros pronunciamientos, muy posteriores, interpretaron estas expresiones de “justicia y equidad” como parte del estándar de trato nacional.³ También el famoso intercambio epistolar entre el Secretario de Estado Cordell Hull y su contraparte mexicana, en el que se creó la *fórmula Hull*⁴, Estados Unidos abogó por una solución “justa y equitativa” a la disputa con México.⁵

En el ámbito comercial, el Tratado de Versalles, que estableció la Liga de Naciones, preveía un trato equitativo, mientras que otros tratados, principalmente entre Estados Unidos de América y Canadá durante la década de 1930s requerían

¹ Martins Paparinkis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 84.

² *Ibid.*, p. 85.

³ Organización de las Naciones Unidas, «Ambatielos (Grecia v. Reino Unido)», *Reports of International Arbitration Awards*, Organización de las Naciones Unidas, 6 de marzo de 1956, Disponible en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf, consultado el 11 de julio de 2022. Ver Paparinkis, *ob. cit.*, p. 85.

⁴ José Gregorio Torrealba R., «El principio del trato nacional a la inversión extranjera», en *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020, p. 553.

⁵ Paparinkis, *ob. cit.*, p. 87.

específicamente el TJE en caso de imposición de restricciones cuantitativas o ventajas otorgadas a los países exportadores.⁶

La Carta de la Habana para una Organización Mundial del Comercio de 1948 (que no entró en vigor) es el primer intento multilateral en el que se mencionó el TJE como uno de los estándares que debían promoverse en los acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados Miembros de la organización que pretendía crearse.⁷ Una referencia posterior fue incluida en el Acuerdo Económico de Bogotá (que tampoco tuvo vigencia) entre los miembros de la Organización de Estados Americanos.⁸

Los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN), antecedente de los modernos Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y promovidos principalmente por los Estados Unidos de América, comenzaron también a incluir la mención al trato “equitativo” a principios de la década de 1950, para luego adoptar la fórmula de “justo y equitativo” a partir de 1954 con el TACN suscrito con Alemania.⁹ Ya consolidada la presencia del estándar en instrumentos internacionales, tanto el proyecto de Convención Abs-Shawcross de 1959, como el proyecto de Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera de 1967, preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), proponían su inclusión.

Aun cuando los TBIs comenzaron a suscribirse en 1959 – el primero entre Alemania y Paquistán –, no fue sino hasta 1961 con el TBI entre Túnez y Suiza que el estándar de TJE hizo su entrada en este tipo de tratados. Hoy en día, 2.453 TBIs, entre los 2.584 que han sido analizados por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) prevén el estándar de TJE.¹⁰ Finalmente, la Convención que establece la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones se refiere al TJE como requisito para otorgar cobertura a ciertos riesgos,¹¹ el Acuerdo Multilateral sobre Inversiones negociado en el seno de la OCDE en 1997 también incluyó el TJE aunque también se encuentra entre los intentos frustrados. A nivel regional, acuerdos como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y su sustituto, el Tratado entre

⁶ *Ibidem*, p. 88.

⁷ Artículo 11.2. Ver Paparinskis, *ob. cit.*, p. 84

⁸ Federico Ortino, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value, and Reasonableness, The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 106.

⁹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), «Mapping of IIA Content. International Investment Agreement Navigator», Investment Policy Hub. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, accedido el 28 de junio de 2022.

¹¹ Artículo 12 (c)(iv).

México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), así como el Acuerdo Comprehensivo sobre Inversiones de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN),¹² el Protocolo de Colonia del Mercosur¹³ y el Tratado de la Carta de la Energía,¹⁴ todos prevén el TJE.

Otros instrumentos más recientes y no vinculantes, como el proyecto de las Naciones Unidas para un Código de Conducta de Corporaciones Transnacionales y los Lineamientos del Banco Mundial sobre el Trato a la Inversión Extranjera Directa, también incluyen menciones al TJE.

II. La naturaleza del estándar de TJE

El estándar de TJE ha sido calificado por varios tribunales arbitrales como un principio general de derecho que puede ser identificado mediante un estudio comparado de derecho público.¹⁵ En cuanto a su naturaleza como estándar de protección de inversiones, el TJE es un estándar absoluto¹⁶, pues no necesita estar previsto en un instrumento sino que se considera parte del derecho internacional consuetudinario y su punto de referencia no está ligado al trato que el Estado receptor de la inversión le dé a sus propios nacionales, sino que su referencia es el derecho internacional.¹⁷

Por la fórmula de su enunciado, el TJE es también calificado como un estándar abierto,¹⁸ flexible o elástico¹⁹ cuya interpretación permite subsumir una amplia gama de supuestos de hecho bajo su protección, adquiriendo, de hecho, una aplicación supletoria con respecto a conductas que no son protegidas por otros estándares.²⁰

¹² Artículo 11.

¹³ Artículo 3.

¹⁴ Artículo 10.1

¹⁵ Dolzer Rudolf, Ursula Kriebaum, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 187-88.

¹⁶ Torrealba R., *ob. cit.*, p. 551.

¹⁷ Dolzer Rudolf *et al.*, *ob. cit.*, pp. 187-88. Marcela Klein Bronfman, «Fair and Equitable Treatment An Evolving Standard», en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Nro. 10, Brill, Leiden, Boston, 2006, p. 621.

¹⁸ Ortino, *ob. cit.*, p. 113.

¹⁹ Katia Yannaca-Small, «Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments», en *Standards of investment protection*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2008, p. 111.

²⁰ Ortino, *ob. cit.*, p. 113. Rudolf Dolzer, «Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties», *International Lawyer*, Vol. 39, Nro. 1, 2005, American Bar Association (ABA), Dallas, p. 90.

III. La relación del TJE con otros estándares y las fórmulas previstas en los AII

a. La interacción del TJE con otros estándares

A pesar de la gran cantidad de jurisprudencia arbitral que ha desarrollado los diferentes estándares de protección de las inversiones extranjeras, puede decirse, en términos generales, que los tribunales arbitrales no han generado una visión única sobre el alcance de la protección que ofrecen y menos aún, la relación que existe entre ellos. Para Ortino, este resultado ha sido totalmente intencional en los negociadores de los tratados y tiene como objetivo proporcionar una protección amplia a la inversión extranjera.²¹ El ejercicio que haremos en este trabajo no pretende sino hacer una aproximación a los diferentes enfoques que se han venido expresando en la jurisprudencia arbitral y la doctrina.

Para identificar las modalidades que podemos encontrar entre las disposiciones o cláusulas de los AII que prevén el TJE, hemos adoptado la misma clasificación que utiliza la UNCTAD en su herramienta de mapeo de los AII. Sin embargo, también hemos hecho una investigación sobre los TBIs venezolanos²², cuyos resultados iremos comentando en las siguientes líneas. No obstante, consideramos que, en realidad y dependiendo de la redacción de las cláusulas que prevén el TJE junto con otros estándares, denominadas por la UNCTAD como “TJE modificado”, no deberían tener un impacto en la interpretación del TJE como estándar autónomo, pues aun cuando en una misma disposición se mencionen uno o más estándares adicionales, generalmente se mencionan de forma separada y no con la intención de supeditar unos a otros.

Las cláusulas que prevén un TJE de manera calificada, como veremos más adelante, se identifican por la vinculación con el derecho internacional, sus principios o el estándar mínimo de trato. Debemos acotar que la referencia al derecho internacional consuetudinario es también una referencia indirecta al estándar mínimo. Cuando el AII que pretende invocarse contiene una cláusula calificada de TJE, el alcance del estándar puede verse limitado por el estándar mínimo, que es el único estándar del derecho internacional consuetudinario aplicable a la protección de la propiedad de los ciudadanos extranjeros, si el árbitro tiene una visión estática sobre el estándar mínimo conforme a su enunciado tradicional.

²¹ Ortino, *ob. cit.*, pp. 112-13.

²² La UNCTAD identifica 25 TBIs vigentes para Venezuela después de las denuncias de los TBIs con el Reino de los Países Bajos por parte de Venezuela y con Ecuador por parte de ese país. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/228/venezuela-bolivarian-republic-of>, consultado el 18 de junio de 2022.

i. TJE incondicional

Las cláusulas de los AII que prevén el TJE de manera general, lo hacen sin atar el estándar a ninguna referencia externa, como podría ser el derecho internacional, sus principios o el estándar mínimo. Algunos TBIs prevén el TJE en sus preámbulos, lo que en nuestra opinión implica una intención de los Estados parte de dichos tratados de darle al TJE un lugar preeminente entre los demás estándares, cuya interpretación estará siempre influenciada por aquél.²³ Se pueden encontrar fórmulas que parecieran redundantes, como “*just and fair*”²⁴, pero lo común en esta modalidad es encontrar el TJE en una misma disposición con el estándar de total protección y seguridad (TPS) o el que prohíbe las medidas arbitrarias y/o discriminatorias.

Un ejemplo de cláusula que prevé el TJE de manera realmente autónoma lo tenemos en el TBI Venezuela-Rusia, cuyo artículo 4.1. expresa que: “Cada Parte Contratante proveerá en el territorio de su Estado un tratamiento justo y equitativo a las inversiones hechas por inversionistas del Estado de la otra Parte Contratante en cuanto a manejo, mantenimiento, disfrute, uso o disposición de tales inversiones”²⁵. Entre los TBIs venezolanos, este es el único que prevé el TJE de manera general, sin ningún tipo de calificación en una disposición totalmente independiente de los demás estándares.

ii. TJE y expropiación

El amplio alcance del estándar de TJE hace que en muchas oportunidades sea complicado trazar los límites existentes con otros estándares de protección a la inversión extranjera. Varios autores dan cuenta de la posición prominente que ha tomado el TJE en la mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión,

²³ *Agreement Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Latvia Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1881/download>, consultado el 18 de julio de 2022. *Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of South Africa concerning the reciprocal promotion and protection of investments* (Pendiente entrada en vigencia), disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2279/download>, consultado el 18 de julio de 2022.

²⁴ *Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments*. Denunciado. Artículo 2.3. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/477/download>, consultado el 18 de julio de 2022.

²⁵ Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2238/download>, consultado el 18 de julio de 2022.

atribuido a que la carga probatoria para demostrar la violación de este estándar es menor que la carga para probar una expropiación, en la que es necesario demostrar la privación sustancial del valor de la inversión, pero al mismo tiempo, resulta difícil que en un caso de expropiación indirecta no haya también una violación al TJE.²⁶

Por supuesto, cuando de expropiaciones se trata, es importante señalar que el TJE, desde el punto de vista práctico, puede arrojar una compensación menor a la que puede esperarse de un reclamo por expropiación, en el que se pretende obtener una indemnización por todas las consecuencias derivadas de la privación de la inversión en su totalidad. Afirmación válida para todos los demás estándares en relación con la expropiación, pues estos están diseñados para proteger contra la intervención o interrupción, mientras que la expropiación está diseñada para lidiar con la pérdida total de la inversión.²⁷

Varios han sido los casos en los que ha quedado en evidencia que el estándar de valor de mercado, aplicable a casos de expropiaciones, no es necesariamente útil en caso de violación de otros estándares de protección. En *S.D. Myers vs. Canadá*,²⁸ se hizo referencia al punto anteriormente mencionado pues la conducta del gobierno canadiense no fue calificada como expropiatoria por parte del tribunal arbitral, sino como violatoria del estándar de TJE. En ese caso, el tribunal consideró que el estándar de avalúo de “valor de mercado” de la inversión no parecía lógico, apropiado, ni práctico para determinar el nivel de la indemnización a ser otorgada, pues el objetivo de esta indemnización es la de reparar el daño causado, no por una expropiación, acción a la que está estrechamente ligado el estándar de “valor de mercado”, sino por la violación de una obligación internacional, la de otorgar un TJE.

Igualmente, en *MTD vs. Chile*,²⁹ el tribunal se apartó del estándar de la indemnización propia de una expropiación, esto es: pronta, justa y adecuada, y aplicó el estándar de restitución, expresado por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Chorzow*³⁰ en el sentido de que la indemnización debe

²⁶ Christoph Schreuer, «Introduction: Interrelationship of Standards», en *Standards of investment protection*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2008, p. 2.

²⁷ Veijo Heiskanen, «Arbitrary and Unreasonable Measures», en *Standards of investment protection*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2008, p. 91.

²⁸ CNUDMI, *S.D. Mayers Inc. vs. Canadá*, 13 de noviembre de 2000.

²⁹ CIADI, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. Chile*, No. ARB/01/7, 25 de mayo de 2004

³⁰ Corte Permanente de Justicia Internacional, *German Interests in Polish Upper Silesia and the Factory at Chorzów (Alemania vs. Polonia)*, 25 de mayo de 1926. Disponible en: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf, accedido el 11 de junio de 2022.

reparar las consecuencias de los actos ilegales y restituir la situación que habría existido en caso de que dichos actos no hubieran sido cometidos.³¹ Recientemente, el tribunal en *Manolium Processing vs. Bielorrusia*³² declaró que hubo violación al TJE, pero siendo que ya había declarado la expropiación de la inversión, señaló que la violación del TJE no tendría implicaciones en la indemnización.

iii. TJE y el TPS

La relación de TJE y TPS es muy estrecha, al punto que, en algunos casos, los tribunales arbitrales los han asimilado,³³ mientras que la visión contemporánea de algunos Estados es la de asumir que el TJE y el TPS son solo expresiones o meros componentes del estándar mínimo de trato.³⁴ Para Schreuer, TJE consiste en una obligación del Estado receptor de abstenerse de ejercer un determinado tipo de acciones, mientras que el TPS genera una obligación de hacer para el Estado receptor, que tiene que crear y mantener condiciones que garanticen la seguridad física y jurídica.³⁵

Parece haber una coincidencia entre los tribunales arbitrales que han asimilado ambos estándares sin que haya una referencia explícita en el tratado base de los reclamos y los que lo han hecho sobre la base de la redacción de la norma contenida en un TBI. Siendo que el estándar de TPS puede ser violentado aun en casos en los que no hay violencia física y que está dirigido a un concepto más amplio, como es el de mantener el ambiente de seguridad en el que se desarrolla la inversión, hay tribunales que han considerado que con las mismas acciones que violan el TJE, también se incurre en un incumplimiento del TPS³⁶ y viceversa.³⁷ En estos casos, a pesar de que los estándares de TJE y TPS se

³¹ Irmgard Marboe, «Compensation and Damages in International Law - The Limits of Fair Market Value», en *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 7, Nro. 5, Brill, Nijhoff, Leiden, 2006, p. 756. Veijo Heiskanen, *ob. cit.*, p. 91.

³² CNUDMI, *Manolium-Processing v Bielorrusia*, 22 de junio de 2021, párrafo 516.

³³ CIADI, *Wena Hotels Limited v. Egypt*, No. ARB/98/4, 8 de diciembre de 2000; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, No. ARB/06/11, 8 de diciembre de 2000); *PSEG Gobal Inc. and Konya Elktrik Üretim Ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey*, No. ARB/02/5, 19 de enero de 2007; citados por Schreuer, *ob. cit.*, p. 4.

³⁴ C. L. Lim, Jean Ho y Martins Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials*, segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 202, p. 259.

³⁵ Schreuer, *ob. cit.*, p. 4.

³⁶ CIADI, *Azurix Corp. vs. Argentina*, No. ARB/01/12, 14 de julio de 2006. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*.

³⁷ *Wena Hotels Limited v. Egypt*.

encontraban previstos en disposiciones distintas de los TBIs aplicables a dichos casos, los tribunales consideraron que TJE absorbe al TPS.

Distinguir entre ambos estándares se hace más complejo cuando las acciones del Estado no implican un atentado a la seguridad física, sino cuando se trata de abusos de carácter regulatorio,³⁸ renegociación de contratos con el solo fin de reducir tarifas sin una declaración de interés público que la preceda, retraso en los pagos vinculados a la ejecución de un contrato, o negar el acceso a expedientes administrativos.³⁹ Aunque el TPS se refiere a una protección “total”, que debería ser interpretado para abarcar la seguridad física y jurídica,⁴⁰ esta dificultad se reduce al mínimo cuando el texto del tratado se refiere, expresamente, a la seguridad jurídica.

iv. TJE y el estándar de prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias

Usualmente formulado como una prohibición de tomar medidas “arbitrarias [y/o] injustificadas”, “arbitrarias [y/o] discriminatorias” “irrazonables [y/o] discriminatorias”, tal y como sucede con los demás estándares, su alcance no ha sido definido de forma unánime por la jurisprudencia arbitral o la doctrina. En lo que sí parece haber un consenso es en que cuando la redacción de la norma separa una conducta de la otra con una “o” este estándar protege contra dos tipos de conductas distintas, claro está, la “o” tiene una función disyuntiva. Mientras, si la redacción separa las conductas con una “y” la conducta debe reunir ambas calificaciones de manera concurrente.

En cuanto a su relación con el TJE, existen dos claras tendencias. La primera tiende a equiparar ambos estándares, sin que aparentemente haya sido considerado el hecho que, en muchos AII, estos estándares se encuentran previstos de forma separada, lo que para parte de la doctrina es razón suficiente para concluir que se trata de dos estándares distintos, aunque no se descarta la posibilidad de que una misma conducta pueda ser violatoria de ambos.⁴¹

Otros tribunales han asumido una postura distinta, al considerarlos como estándares separados. En el caso *LG&E vs. Argentina*, el tribunal hizo una clara distinción entre uno y otro estándar al analizar el argumento presentado por la demandante sobre el carácter arbitrario de las medidas tomadas por Argentina, para concluir que no habían sido arbitrarias, aunque sí habían violentado el TJE.⁴²

³⁸ Ídem.

³⁹ CIADI, *Siemens AG vs. Argentina*, No. ARB/02/8, 6 de febrero de 2007.

⁴⁰ *Lim et al, ob. cit.*, p. 281.

⁴¹ *Schreuer, ob. cit.*, p. 5.

⁴² CIADI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp and LG&E International Inc. vs. Argentina*, No. ARB/02/1, 3 de octubre de 2006.

v. El TJE y el estándar de trato nacional (TN)

El estándar TN tiene la intención de evitar la discriminación del inversionista extranjero en favor del inversionista nacional para lo que debe tomarse en cuenta que haya un tratamiento menos favorable al extranjero en circunstancias similares al inversionista nacional, algunos tribunales han considerado necesario que ambos compitan en el mismo mercado. Demostrados estos extremos, el Estado tendría la carga de demostrar que su conducta se encuentra justificada.⁴³

Debido al amplio alcance del TJE, destacados autores sostienen que es difícil imaginar una situación en la que haya discriminación y que esta no implique una violación al TJE.⁴⁴ Otros identifican situaciones específicas, como la denegación de justicia - contenida, como veremos en el TJE – como una violación al TN.⁴⁵ Por supuesto, para que la denegación de justicia sea violatoria del TN y del TJE de forma concurrente, deben cumplirse los requisitos, más restrictivos, del TN relacionados con la discriminación.

vi. El TJE y el estándar mínimo de trato

La creación del estándar mínimo de trato pasó por tres etapas: (i) la práctica de los Estados durante el Siglo XIX, fundamentada en la no discriminación de los extranjeros y en evitar la denegación de justicia, (ii) la expansión del alcance de la no discriminación pero con una clara incertidumbre sobre los supuestos de hecho comprendidos en su alcance, y (iii) el enunciado del estándar por parte del laudo dictado por la Comisión General de Reclamos de Estados Unidos y México en el caso *Neer*,⁴⁶ caso relacionado con la actuación de los órganos de justicia mexicana en la investigación del homicidio de un ciudadano estadounidense - según el cual: "...el trato de un extranjero, para que constituya un hecho ilícito internacional debe llegar a ser un ultraje, de mala fe, una negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, o una insuficiencia de la acción del gobierno tan alejada de los estándares internacionales que cada persona razonable e imparcial reconocería inmediatamente su insuficiencia".⁴⁷ Como veremos más adelante, una de las modalidades de cláusulas que prevén TJE incluye la referencia al estándar mínimo de trato del derecho internacional, por lo que la relación entre estos estándares es muy estrecha.

⁴³ Torrealba R., *ob. cit.*, p. 555-59.

⁴⁴ Schreuer, *ob. cit.*, p. 6.

⁴⁵ Andrea K. Bjorklund, «National Treatment», en *Standards of investment protection*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2008, p. 58.

⁴⁶ Paparinskis, *ob. cit.*, p. 64.

⁴⁷ Comisión General de Reclamos EEUU/México, *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15 de octubre de 1926, citado por Ortino, *ob. cit.*, p. 109.

Fue en el marco de las negociaciones del proyecto de Convención de la OCDE arriba mencionada, que los Estados comenzaron sus intentos por aclarar el alcance del TJE equiparándolo al estándar de trato mínimo del derecho internacional consuetudinario en los comentarios oficiales del texto del proyecto.⁴⁸ Esto ha generado un debate porque el estándar mínimo del derecho internacional impone restricciones que no se derivan de una interpretación literal del TJE.

Para Paparinskis,⁴⁹ la relación entre TJE y el estándar mínimo debe verse en su contexto histórico debido a los defectos en las formulaciones del estándar mínimo en la segunda y tercera etapa de su desarrollo – a las que hemos hecho una breve referencia arriba -. El desarrollo del estándar de expropiación fue dejando al estándar mínimo como un requisito marginal de legalidad debido a que no llegó nunca a establecer un estándar de protección de la propiedad de manera determinante. Por otra parte, la evolución de los Derechos Humanos dejó atrás al estándar mínimo, que tal como fue enunciado en *Neer*, fijó un límite muy alto para lograr una condenatoria y que ha terminado por no adaptarse completamente a la normativa de los derechos universales, enfocados en la protección del individuo.

Cuatro son los ángulos propuestos por el citado autor para la formulación del TJE: (i) Para eliminar lo vago y difuso del estándar mínimo, es necesario formularlo en instrumentos internacionales; (ii) el centro del enunciado del caso *Neer*, de naturaleza meramente procesal, hace necesario una formulación más neutra, que se dirija a la protección de la propiedad de manera sustantiva, (iii) los esfuerzos por desarrollar la indemnización por expropiación demostraron que la propiedad estaba regulada en una regla separada y que el estándar mínimo solo proveía una de sus garantías, la adjetiva, y (iv) el debate sobre los Derechos Humanos ha generado una relación ambigua entre las reglas modernas y clásicas en tensión para mantener la legitimidad histórica y corregir los defectos de la visión clásica.⁵⁰ La idea, resumida por Sornarajah, era que el TJE ampliara las protecciones más allá de las otorgadas por el estándar mínimo en el derecho internacional.⁵¹

Para los que defienden la tesis de que el TJE no es otra cosa que el mismo estándar mínimo de trato del derecho internacional, el enunciado del caso *Neer* ha quedado atrás y la evolución del estándar mínimo incluye la protección contra tratos injustos e inequitativos.⁵² El tribunal del caso *Eco Oro* expresó, justamente,

⁴⁸ Katia Yannaca-Small, *ob. cit.*, p. 112.

⁴⁹ Paparinskis, *ob. cit.*, p. 83.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁵¹ M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, quinta edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 352.

⁵² CIADI, *Eco Oro Minerals Corp. vs. Colombia*, No. ARB/16/41, 9 de septiembre de 2021, p. 314.

que el estándar mínimo es hoy más amplio que lo enunciado en el caso *Neer*, pero al no considerar el TJE como un estándar autónomo sino como el mínimo, se abstuvo de realizar una interpretación expansiva.⁵³

Otros autores identifican las motivaciones para el surgimiento del TJE en los tratados internacionales con la necesidad de alejarse del polémico estándar internacional mínimo que algunos Estados negaban como práctica internacional. Esto parece tener algún asidero en el resultado de un estudio que identificó un 80% de AIIs que contienen la cláusula de TJE sin referencia alguna al derecho internacional o al estándar mínimo, por lo que su autonomía debería estar fuera de cuestionamientos.⁵⁴

Según la UNCTAD, 2.453 AIIs prevén alguna fórmula del TJE y solo 349 AIIs, entre los 2.584 analizados, prevén el TJE vinculado al derecho internacional, esto es un 13,5%. En el caso de Venezuela, de los 25 TBIs vigentes para nuestro país, 21 vinculan el TJE con el derecho internacional o con sus principios, siendo la excepción los TBIs con Irán, Vietnam, Dinamarca y Rusia.

Estas cláusulas se nos presentan con una redacción bastante similar en cada tratado. El TBI Venezuela-España prevé en su artículo IV.1. que “Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante”.⁵⁵

El TBI Venezuela-Alemania, por su parte, es un ejemplo de la referencia a los principios del Derecho Internacional: “1. Cada una de las Partes Contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante y las admitirá de conformidad con sus disposiciones legales. En todo caso tratará las inversiones justa y equitativamente, según las reglas y principios generalmente reconocidos por el Derecho Intenacional.”⁵⁶

Otra fórmula es la de hacer referencia expresa al derecho internacional consuetudinario, que solo 21 AIIs han adoptado según la UNCTAD. Un ejemplo de este tipo de disposiciones la encontramos en el TBI Argentina-Qatar, cuyo

⁵³ *Ibid.*, párrafos 744-745.

⁵⁴ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2013, p. 34.

⁵⁵ Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Venezuela. Consultado en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2289/download>, accedido el 18 de junio de 2022.

⁵⁶ Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Consultado en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1446/download>, accedido el 18 de junio de 2022.

artículo 3.4 establece que “El término ‘trato justo y equitativo’ se interpretará y aplicará como el trato brindado a los extranjeros de acuerdo con los principios de derecho internacional consuetudinario”.⁵⁷ Otro ejemplo lo tenemos en el TLC Colombia-Israel, que prevé que “Las inversiones realizadas por los inversionistas de cada Parte deberán recibir un trato justo y equitativo de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo y el derecho internacional consuetudinario”.⁵⁸

Finalmente, otro grupo de 85 AII's hacen referencia expresa al estándar mínimo de trato. Algo que resalta de esta modalidad es que tiende a seguir el enfoque del TBI modelo de los Estados Unidos de América⁵⁹ en cuanto a que integra el TJE y el TPS en el estándar mínimo. Los artículos 4.1 y 4.2. del TBI Perú-Colombia,⁶⁰ por ejemplo, establecen que:

- “1. Cada parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el Derecho internacional consuetudinario., incluido el trato justo y equitativo coma, así como protección y seguridad plena.
2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo uno de proveer:
 - (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

⁵⁷ Tratado sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno del Estado de Qatar. Consultado en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5382/download>, accedido el 18 de junio de 2022.

⁵⁸ Tratado de libre comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel. Consultado en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2747/download>, accedido el 18 de junio de 2022.

⁵⁹ Modelo de TBI de los Estados Unidos de América de 2004. Consultado en: <https://ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>, accedido el 18 de junio de 2022.

⁶⁰ Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Consultado en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/798/download>, accedido el 18 de junio de 2022.

- (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada parte proveer el nivel de protección policial, que es exigido por el Derecho internacional consuetudinario.”

Este tipo de cláusulas han sido integradas en AII suscritos por muchos países en desarrollo, entre los que se cuentan México, Colombia, Bahrein, Perú, Chile, Uruguay, India, Ghana, Turquía. Tal circunstancia es evidencia de que cualquier objeción por parte de los países importadores de capital sobre considerar el estándar mínimo como parte del derecho internacional consuetudinario, está superada o en vías de superación.

IV. Elementos del TJE

Algunos de los elementos identificados por la jurisprudencia y la doctrina para definir las condiciones por las que debe regirse la conducta del Estado han sido: buena fe, no discriminación, transparencia, consistencia, proporcionalidad y satisfacción de las expectativas legítimas de los inversionistas, estabilidad, debido proceso, prohibición de medidas arbitrarias o discriminatorias, legalidad, competencia.

Aun cuando no parece haber todavía un entendimiento universalmente aceptado con respecto a la interpretación de los estándares de protección de la inversión extranjera, puede decirse que hay elementos del TJE que han sido adoptados por la mayoría de los tribunales arbitrales que forman el núcleo esencial del estándar. Varios elementos que ha identificado la jurisprudencia sobre el TJE pueden subsumirse en otros, por lo que los que hemos listado aquí son los que, en nuestro criterio, abarcan las condiciones por las que debe regirse la conducta del Estado.

a. Expectativas legítimas

El respecto a las expectativas que legítimamente se han creado en el inversionista se ha convertido en el *leitmotiv*⁶¹ del TJE. El punto crucial es determinar cuál es la causa de esa expectativa. La jurisprudencia arbitral se ha decantado por dos contextos en los que pueden crearse expectativas legítimas en el marco del TJE: (i) promesas, compromisos – incluyendo los contractuales - , aseveraciones o declaraciones realizadas por funcionarios del Estado receptor al inversionista en particular o a una clase o a potenciales inversionistas, capaces de crear expectativas legítimas directas y (ii) la estabilidad del marco legal, de

⁶¹ CIADI, *Eurus Energy Holdings Corporation vs. España*, No. ARB/16/4, 17 de marzo de 2021, párrafo 316.

manera que una reforma legislativa, en determinadas circunstancias, puede terminar en la frustración de las expectativas legítimas regulatorias.⁶²

Cuando se ha analizado el punto de las expectativas legítimas con referencia a la estabilidad del marco jurídico y a la actividad del Estado en la ejecución de su legislación, se ha hecho notoria la relación existente con la expropiación indirecta de carácter regulatorio, haciendo énfasis en que no hay una diferencia cualitativa entre ambos estándares, pero sí una diferencia en cuanto a la intensidad,⁶³ a la que hemos hecho mención anteriormente cuando nos referimos al tema de la relación entre ambos estándares. Sobre este aspecto, el tribunal en *Saluka*⁶⁴ enfatizó que la decisión de invertir se fundamenta en un análisis de la legislación y del ambiente de negocios en el Estado receptor al momento de realizar la inversión y concluyó señalando que debía considerarse que el Estado asume una obligación de tratar a los inversionistas extranjeros de una forma que evite la frustración de sus expectativas legítimas y razonables.⁶⁵

En *Metalclad*,⁶⁶ el tribunal consideró que el inversionista actuaba prudentemente y a la expectativa debido a aseveraciones realizadas por funcionarios del gobierno del Estado receptor, mientras que en *ADF*⁶⁷ el tribunal expresó que las declaraciones, aseveraciones, promesas o compromisos realizados por un funcionario crean expectativas legítimas, siempre y cuando estas hayan jugado un papel razonablemente importante para que el inversionista tomara la decisión de invertir en el Estado receptor.

Un punto donde no parece haber un acuerdo es en el rol de la buena fe en torno a las expectativas legítimas. En *Thunderbird*,⁶⁸ el concepto de expectativas legítimas fue analizado a la luz del principio de buena fe en el derecho internacional consuetudinario, posición que más recientemente asumieron los tribunales en los casos *OOO Manolium-Processing*⁶⁹ - que además lo asume como un elemento separado de las expectativas legítimas - y *Pawlowski*.⁷⁰ En

⁶² CIADI, *Pawlowski AG y Projekt Sever S.R.O. vs. República Checa*, No. ARB/17/11, 1 de noviembre de 2021, párrafo 613.

⁶³ *Yannaca-Small, ob. cit.*, p. 124.

⁶⁴ CNUDMI, *Saluka Investments BV vs. República Checa*, 17 de marzo de 2006.

⁶⁵ *Ibidem*, párrafos 301-302. Citado por *Yannaca-Small, ob. cit.*, p.124.

⁶⁶ CIADI, *Metalclad Corporation v. Mexico*, ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, párrafo 89.

⁶⁷ CIADI, *ADF Group Inc vs. Estados Unidos de América*, No. ARB (AF)/00/1, 9 de enero de 2003.

⁶⁸ CNUDMI, *International Thunderbird Gaming Corporation vs. México*, 26 de enero de 2006, párrafo 147.

⁶⁹ *OOO Manolium-Processing v Bielorrusia*, párrafo 516.

⁷⁰ *Pawlowski AG y Projekt Sever S.R.O. vs. República Checa*, párrafo 612.

*Siemens*⁷¹, la frustración de las expectativas legítimas acarrearía una violación al TJE sólo cuando el Estado ha actuado de mala fe.

Por el contrario, y apoyándose en una larga línea de decisiones arbitrales, el tribunal en *Eco Oro*⁷² resaltó que la mala fe no es un requisito para que exista violación al TJE, lo que coincide con la posición del tribunal en *Tecmed*, que consideró que, aunque el TJE es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe, no se requiere que la conducta del Estado sea de mala fe para constituir una violación a ese estándar.⁷³ El enfoque, por lo tanto, es objetivo y está relacionado con la frustración o no de las expectativas legítimas del inversionista, independientemente de la intención del Estado.

El inversionista, por su parte, tiene un deber de diligencia debida para que sus expectativas sean consideradas como legítimas. Es decir, la inversión debe haber sido realizada de manera informada y las expectativas no pueden equipararse a meros deseos del inversionista, lo que además es evidencia sobre lo legítimo y razonable de la expectativa.⁷⁴ Las expectativas legítimas son lo que un inversionista prudente habría anticipado conforme a las circunstancias objetivas creadas por el Estado receptor tanto en su marco legal como en declaraciones o compromisos específicos que hayan realizado sus funcionarios.⁷⁵

La visión expansionista de la protección del TJE sobre la base de las expectativas legítimas no ha dejado de ser criticada por un sector de la doctrina. Sornarajah parte de la noción de que, como principio general del derecho, la protección de las expectativas legítimas se resume a una protección de carácter procesal, en la que el inversionista debe tener el derecho a ser oído antes de que su expectativa se vea frustrada por alguna medida regulatoria o alguna otra conducta del Estado anfitrión. Para el mencionado autor, es un error declarar que hay un principio general del derecho sobre que las violaciones a las expectativas legítimas puedan dar lugar a pretensiones de control sustantivo. Cualquier infracción de naturaleza administrativa debe ser solucionada de forma doméstica, a menos que, habiendo recurrido a las soluciones que ofrece la legislación interna

⁷¹ ICSID, *Siemens A.G. vs. Argentina*, No. ARB/02/8 (6 de febrero de 2007), párrafo 300.

⁷² *Eco Oro Minerals Corp. vs. Colombia*, párrafo 806.

⁷³ CIADI, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México*, No. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, párrafo 153. Kenneth J. Vandavelde, «A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment», en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 43, Nro. 1, Universidad de Nueva York, Nueva York, 2010, p. 55.

⁷⁴ *Eco Oro Minerals Corp. vs. Colombia*, párrafo 880. Dolzer Rudolf *et al*, *ob. cit.*, p. 210.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 209.

y el sistema de justicia del Estado anfitrión, se produzca una situación de denegación de justicia, violatoria del estándar internacional mínimo.⁷⁶

Los tribunales arbitrales, como se ha mencionado anteriormente, han continuado con el desarrollo del estándar de TJE sobre la base de elementos como las expectativas legítimas del inversionista. La visión que expresa Sornarajah se basa en que ese control sobre la actividad del Estado no era lo que realmente habían tenido en mente los Estados cuando integraron el TJE en los AII. Es, probablemente, una de las causas de la denominada crisis de legitimidad del arbitraje de inversiones. Sin embargo, siendo que no hay claridad por parte de los Estados cuando incorporaron el TJE en el texto de los AII y que estos tratados tienen por objeto el control de la actividad del Estado frente a la inversión extranjera – de forma semejante a como los tratados de Derechos Humanos también tienen como finalidad el control de la actividad del Estado frente al ser humano -, su interpretación debería tender a la protección de la inversión ante la duda, aunque sopesando siempre la razonabilidad y proporcionalidad de la conducta del Estado, como veremos más adelante.

b. Arbitrariedad y no discriminación

Ya mencionamos arriba que varios tribunales arbitrales consideran que el estándar que prohíbe las medidas arbitrarias y/o discriminatorias se encuentra contenido en el TJE. Los tribunales que han adoptado este criterio consideran que la justicia (o naturaleza no arbitraria) y la no discriminación son elementos inherentes al TJE. Es relevante hacer una distinción entre los casos que se decidieron sobre la base del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (no vigente en la actualidad), que han sido líderes en la interpretación del TJE, pues dicho tratado solo preveía el TJE. En esos casos, los tribunales consideraron que la prohibición de medidas arbitrarias y discriminatorias eran parte del TJE.⁷⁷ Lo mismo ha sucedido en casos en los que otros AII omiten establecer una norma el estándar de prohibición de medidas arbitrarias y/o discriminatorias de forma separada.⁷⁸

Ya fue mencionado arriba el caso *LG&E* que ha sido de los que han considerado estos como estándares separados. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que en otros casos en los que los AII aplicables contenían normas

⁷⁶ Sornarajah, *ob. cit.*, p. 355-56.

⁷⁷ S.D. Mayers Inc. vs. Canadá; CIADI, Waste Management, Inc. v. México, No. ARB(AF)/98/2, 2 de junio de 2000.

⁷⁸ CIADI, Air Canada vs. Venezuela, No. ARB(AF)/17/1, 13 de septiembre de 2021, párrafo 447.

separadas para el TJE y el estándar de prohibición de medidas arbitrarias y/o discriminatorias, llegaron a la misma conclusión que unifica ambos estándares.⁷⁹

Una de las características esenciales del TJE es la de que su interpretación está basada en la razonabilidad. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, la aplicación del TJE dependerá (i) de la justificación de la conducta del Estado y no del impacto que la misma pueda tener en la inversión, como sucede con otros estándares, (ii) de la posibilidad de balancear los distintos intereses del inversionista y del Estado receptor, y (iii) en otra variedad de factores que puedan hacer evidente la arbitrariedad o lo irracional de la conducta del Estado.⁸⁰

La justificación de la conducta del Estado tiene que ver con la legitimidad de la política pública que la sostenga, sin que sea relevante que esta política sea ejecutada de manera efectiva o no o que el Estado logre avanzar en sus propósitos o no. Lo importante es que dicha conducta no haya estado motivada por razones políticas, como la de mantener o ganar popularidad a costa del inversionista.⁸¹ Un claro ejemplo es el caso *Pope & Talbot*,⁸² en el que el tribunal arbitral hizo varias referencias a la razonabilidad de la conducta del Estado para desechar el argumento de violación al TJE.

En ese contexto, la revocatoria de autorizaciones o licencias por motivos justificados y conforme a la ley,⁸³ la omisión en revelar información que puede obtenerse con debida diligencia, una interpretación errada de la ley por un tribunal sin que haya violación al debido proceso,⁸⁴ la imposición de un impuesto a las ganancias súbitas por diferencial cambiario,⁸⁵ imposición de cuotas de exportación,⁸⁶ regulaciones sobre la calidad de materiales de construcción,⁸⁷ e incluso la amenaza de auditorías fiscales, investigaciones a los representantes legales del

⁷⁹ CIADI, CMS Gas Transmission Company vs. Argentina, No. ARB/01/8, 12 de mayo de 2005. Saluka Investments BV vs. República Checa. CIADI, PSEG Global Inc. and Konya Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Sirketi v. Turquía ARB/02/5, 19 de enero de 2007.

⁸⁰ Ortino, *ob. cit.*, pp. 115-16.

⁸¹ Kenneth J. Vandeveld, *ob. cit.*, p. 54.

⁸² CNUDMI, Pope & Talbot Inc. vs. Canadá, 10 de abril de 2001.

⁸³ CIADI, Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc. y A.S. Baltoil vs. Estonia, No. ARB/99/2, 25 de junio de 2001.

⁸⁴ CIADI, Parkerings-Compagniet AS vs. Lituania, No. ARB/05/8, 11 de septiembre de 2007.

⁸⁵ CIADI, Continental Casualty Company vs. Argentina, No. ARB/03/9, 5 de noviembre de 2008.

⁸⁶ Pope & Talbot Inc. vs. Canadá.

⁸⁷ ADF Group Inc vs. Estados Unidos de América.

inversionista extranjero y el inicio de procesos judiciales,⁸⁸ entre otros supuestos, han sido considerados como legítimos siempre y cuando sean medidas razonables.

En contraposición, actos motivados políticamente, como terminación de contratos de concesión por motivos que no son imputables al inversionista,⁸⁹ incumplimiento de compromisos por motivos meramente políticos,⁹⁰ toma de acciones de naturaleza retaliatoria por parte del Estado,⁹¹ todas claramente arbitrarias, han traído como consecuencia la condenatoria a los Estados por la violación al TJE.

c. Transparencia

La transparencia implica que la legislación aplicable a la inversión sea pública y que cualquier decisión que tenga un impacto en la inversión o el inversionista, pueda ser claramente identificada con ese marco legal.⁹² El laudo del caso *Tecmed*⁹³ resumió de manera muy clara lo que debe entenderse por transparencia en la relación entre el Estado y el inversionista al señalar que hay una expectativa de que el Estado actúe de manera “consistente, libre de ambigüedades y totalmente transparente” para que el inversionista conozca de antemano las reglas aplicables, las prácticas administrativas, los objetivos de las políticas públicas de forma que pueda planificarse. Esta consistencia ha incluido, por ejemplo, que diferentes niveles del Poder Público actúen de manera coherente en la aplicación de sus políticas y su legislación.⁹⁴

El laudo del caso *Metalclad*⁹⁵ intentó extender el alcance del elemento “transparencia” al señalar que requiere que el Estado anfitrión asegure que la posición correcta es determinada pronta y claramente, de forma que el inversionista pueda proceder de forma expedita y confiado en que actúa conforme a la ley. Justo esta referencia al requisito de transparencia fue motivo de anulación del laudo por la Corte Suprema de la Columbia Británica. Schill apoya la decisión de la Corte debido a que declaraciones como la emitida en el mencionado laudo puede resultar en una redefinición de la posición y función de los órganos

⁸⁸ CIADI, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. vs. Ecuador, No. ARB/03/6, 31 de julio de 2007.

⁸⁹ Azurix Corp. vs. Argentina.

⁹⁰ Tribunal Arbitral Ad-Hoc. Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y la República de Polonia sobre Promoción y Recíproca Protección de Inversiones, Eureko B.V. vs. Polonia, 19 de agosto de 2005.

⁹¹ CIADI, Compañía de Aguas del Aconquija S.a. y Vivendi Universal S.A. v. Argentine II, No. ARB/97/3, 20 de agosto de 2007. Pope & Talbot Inc. vs. Canadá.

⁹² Dolzer Rudolf *et al*, *ob. cit.*, p.212.

⁹³ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México.

⁹⁴ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. vs. Chile.

⁹⁵ Metalclad Corporation v. Mexico, párrafo 76.

administrativos al obligarlos a reorientar sus prioridades y funciones para actuar como unidades consultoras y hasta como aseguradores *de facto* para la implementación de proyectos de inversiones extranjeras.⁹⁶

Este elemento ha jugado un papel particularmente importante en casos en los que se ha analizado la tramitación de un procedimiento administrativo. En *Siemens*⁹⁷ el tribunal consideró que la negativa de acceso al expediente administrativo era una clara muestra de falta de transparencia. En el caso *Air Canada* la falta de tramitación de autorizaciones de adquisición de divisas (AADs) en el marco del derogado régimen de control cambiario en Venezuela, aun tomando en cuenta la operación del silencio administrativo negativo,⁹⁸ fue considerado como una violación a la transparencia a la que el inversionista tenía derecho por cuanto debía ser informado sobre el estado de las solicitudes y las razones por las que fueron rechazadas, especialmente por las numerosas solicitudes de información, garantizando al inversionista el debido proceso desde el momento en que las solicitudes fueron presentadas.⁹⁹ La motivación del acto administrativo también fue considerada como un elemento relevante de la transparencia en el caso *Tecmed*.¹⁰⁰

d. Proporcionalidad

Parafraseando a Ajibo, la doctrina de la proporcionalidad descansa en el concepto de razonabilidad en la revisión analítica de la conducta del Estado, pero una revisión razonable no se subsume en la doctrina de la proporcionalidad. La proporcionalidad examina si la relación de la conducta del Estado tiene una relación razonable con los objetivos legítimos de política pública que tenga planteados.¹⁰¹ La proporcionalidad de la conducta del Estado tiene una función de contrapeso *vis-à-vis* los derechos que surgen para el inversionista extranjero en cuanto al respeto de sus expectativas legítimas. Esto sucede porque si la conducta del Estado es proporcional, puede resultar en que se considere que no hay violación al TJE aun cuando las expectativas legítimas del inversionista se hayan visto frustradas.

⁹⁶ Stephan W. Schill, «Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law», en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 169.

⁹⁷ *Siemens A.G. v Argentina*.

⁹⁸ El tribunal arbitral asumió que el silencio administrativo opera en los procedimientos administrativos de primer grado.

⁹⁹ *Air Canada vs. Venezuela*, párrafo 462.

¹⁰⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México*.

¹⁰¹ Collins C. Ajibo, «Reasonableness Review in Investor-State Dispute Settlement: Fostering Normative Coherence through Interpretative Flexibility», en *Hong Kong Law Journal*, Vol. 48, Nro. 1, 2018, Hong Kong Law Journal Ltd., Hong Kong, p. 113.

También, como consecuencia del elemento de “proporcionalidad”, el tribunal arbitral puede controlar sustancialmente la conducta del Estado, tiene un rol innegable en la flexibilidad del estándar de TJE y como balance ante la protección de las expectativas legítimas.¹⁰²

La doctrina ha identificado cuatro extremos que deben cumplirse de forma concurrente: (i) la medida debe ser tomada por un organismo competente, (ii) los medios adoptados por el Estado deben estar razonablemente relacionados con los objetivos, (iii) si la medida adoptada causa un daño mayor al necesario para que el Estado pueda alcanzar sus metas, y (iv) el balance entre los beneficios de la medida adoptada por el Estado y el costo de la violación de los derechos alegados por el inversionista.¹⁰³

En *Tecmed* el tribunal estableció una clara relación entre la razonabilidad y la proporcionalidad, haciendo de la primera una cualidad de la segunda al señalar que debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre el cambio o peso impuesto al inversionista extranjero y el objetivo de medidas. La actividad de policía administrativa es probablemente la que tenga más relación en este contexto, por lo que las sanciones deben estar enmarcadas en esa proporcionalidad.

Este elemento también ha sido causa de la denominada crisis de la legitimidad del arbitraje de inversión, pues crea una medida objetiva para evaluar la actuación del Estado frente a los inversionistas extranjeros, sin respetar el denominado margen de apreciación que debe concederse al Estado en el ejercicio de la discrecionalidad cuando haya lugar a ella.

V. El TJE como expresión del Estado de Derecho

Los elementos que hemos considerado arriba son los que consideramos como componentes esenciales del TJE que abarcan otros que, por el contrario, nos parecen supuestos en los que dichos elementos deben estar presentes. Por ejemplo, una violación al debido proceso puede ocurrir, dependiendo de las circunstancias, porque la conducta del Estado o fue apegada al marco legal en la sustanciación de un procedimiento administrativo o judicial, frustrando así las expectativas legítimas, o porque el acto administrativo o judicial que pone fin al procedimiento no esté motivado, lo que ha sido calificado como falta de transparencia. Una actuación de mala fe por parte del Estado, apartada del marco legal, sería una medida arbitraria y si además tiene como finalidad favorecer a terceros que estén en las mismas circunstancias que el inversionista extranjero, sería discriminatoria.

¹⁰² Schill, *ob. cit.*, p. 170.

¹⁰³ Collins C. Ajibo, *ob. cit.*, p. 114.

Pero el denominador común que hay en cualquiera de los supuestos que puedan mencionarse, siempre será el respeto al Estado de Derecho. El debido proceso es el pilar adjetivo del Estado de Derecho, pues los órganos del Estado deben dar garantías en todo proceso, judicial o administrativo, de respeto al derecho a la defensa, de recurrir ante un tribunal independiente - pues debe existir separación de poderes - y de poder contar con asesoría y representación legal, entre otros. La violación del debido proceso constituye el ilícito de denegación de justicia en el derecho internacional, que ha sido inserto en el TJE independientemente de si se considera que este es equivalente o no al estándar internacional mínimo, del que es un tradicional supuesto de hecho.¹⁰⁴

Esto implica que el Estado debe garantizar que las decisiones judiciales sean oportunas y motivadas,¹⁰⁵ pero que, además, no se fundamenten en argumentos legales sobre los que no haya podido ejercer su derecho a la defensa. Aunque la denegación de justicia tiene un componente adjetivo muy importante, cuando la decisión de un tribunal es errada en tal magnitud que sea evidente que ningún tribunal funcional hubiera llegado a la misma conclusión, que refleje una falla generalizada del sistema de justicia y no meramente un error de derecho, estaríamos ante un caso de denegación de justicia. En palabras de Stevens *et al*, los Estados deben "...proveer un sistema de justicia justo y razonablemente eficiente".¹⁰⁶

El pilar sustantivo lo constituye la aplicación de la ley por parte del Estado para evitar la arbitrariedad, definido por los principios de razonabilidad, consistencia en su aplicación de la ley a casos similares, no discriminación en base a la identidad de las personas, y publicidad, pues la ley debe ser conocida por todos.¹⁰⁷ El estándar de TJE requiere que las sentencias de los tribunales sean conformes con los estándares del derecho sustantivo.¹⁰⁸

Schill analiza el principio de separación de poderes dándole una gran relevancia en el marco del TJE, cuya evolución va imponiendo requisitos específicos que los sistemas legales nacionales deben cumplir, al punto de señalar que el TJE asume un rol comparable al del derecho constitucional, con tres diferencias: (i) sólo aplica a inversionistas extranjeros, (ii) solo da derecho a una indemnización por daños, y (iii) no tiene supremacía sobre la legislación nacional.

¹⁰⁴ Kenneth J. Vandeveld, *ob. cit.*, p. 50.

¹⁰⁵ Schill, *ob. cit.*, p. 173.

¹⁰⁶ Margrete Stevens y Raymond Doak Bishop, «Chapter 21: Fair and Equitable Treatment: Denial of Justice», en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2015, p. 295.

¹⁰⁷ Kenneth J. Vandeveld, *ob. cit.*, pp. 51-52.

¹⁰⁸ Schill, *ob. cit.*, p. 173.

Para el mencionado autor, interpretar el estándar de TJE a la luz de los principios del Estado de Derecho, no solo es el enfoque apropiado, sino que permitirá que el estándar sea más concreto en cuanto a los casos en los que puede ser aplicado. Aparte, este enfoque permitiría un mejor balance de los intereses de los Estados y los inversionistas extranjeros.¹⁰⁹

Conclusión

La fórmula que combina justicia y equidad en el derecho internacional comenzó a ser usada con respecto al trato de los extranjeros en lo referente a la administración de justicia en el Siglo XVII, no se relacionaba en ese momento el TJE con la protección de la propiedad o de las inversiones, sino de la persona y en referencia al debido proceso. Como vimos, hubo también otras referencias en decisiones arbitrales en las que se utilizó la expresión “justicia y equidad” así como gestiones de protección diplomática en la que se abogó por soluciones justas y equitativas. Pero todavía estábamos muy lejos de entender las implicaciones hermenéuticas de estas expresiones. Posteriormente, luego de la primera guerra mundial, algunos tratados comenzaron a incorporar el TJE en las relaciones comerciales, a lo que se sumaron dos intentos, fracasados por no haber entrado nunca en vigencia, pero suficientemente influyentes en el ámbito multilateral, como lo fueron la Carta de la Habana y el Acuerdo Económico de Bogotá. Estados Unidos comenzó a integrar el TJE en sus TACN a partir de 1954, mientras que otras dos iniciativas multilaterales que tampoco lograron entrar en vigor (la Convención Abs-Shawcross y la Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera de la OCDE) también lo incluyeron. Pero los instrumentos realmente exitosos que han dado al TJE la importancia que hoy tiene en el derecho internacional son los TBIs. Con el impulso dado por los TBIs, el estándar encontró vía libre para su adopción en prácticamente todos los acuerdos internacionales que tienen por objeto la protección de la inversión extranjera.

La importancia del TJE es de tal entidad que no falta quien lo califique de principio general de derecho. Lo cierto es que como estándar puede ser calificado como autónomo, porque no necesita una previsión expresa al considerarse parte del derecho internacional consuetudinario y no tener la necesidad de una referencia ligada al trato que se le da a los propios nacionales.

La relación del estándar de TJE con los demás estándares viene dada por la propia naturaleza amplia de su redacción, lo que ha hecho que los autores identifiquen el solapamiento que puede darse entre ellos. Aunque pueda dar la impresión de incertidumbre, una de las justificaciones que encuentra la doctrina es que ese solapamiento es intencional para otorgar mayor protección a la inversión extranjera.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 182.

Esto además ha marcado la redacción de las diferentes modalidades en las que se prevé el TJE en los AII que puede ser incondicional o calificada al estar vinculado con otros estándares.

Entre todos, la relación más importante es con el estándar mínimo internacional, que como vimos, también ha sido objeto de un amplio debate. Los que toman el estándar mínimo desde el enunciado del caso *Neer* consideran que el TJE ofrece una protección mucho más amplia y que su vinculación con el derecho internacional consuetudinario lo limita al fijar un nivel muy alto de irregularidad en la conducta del Estado. Otros consideran que el estándar mínimo no se ha quedado en el enunciado del caso *Neer* y que, por el contrario, ha evolucionado hasta convertirse en lo que hoy conocemos como TJE. Pero esta confusión del TJE con el estándar mínimo se repite con los otros estándares de protección a la inversión, que en muchas oportunidades han sido identificados como elementos del TJE o como equivalentes.

En cuanto a los elementos del TJE, la jurisprudencia ha dado un lugar predominante al respeto a las expectativas legítimas de los inversionistas, que pueden generarse tanto por aspectos generales del marco legal como por compromisos contractuales o simples declaraciones, aseveraciones o promesas por parte de funcionarios del Estado. La razonabilidad, como contraposición a la arbitrariedad, forma también un elemento esencial en el TJE. Basado en la legitimidad de la conducta del Estado, puede que una acción determinada sea violatoria del TJE o no, tomando en cuenta, por ejemplo, que no debe haber motivaciones políticas ajenas a las políticas públicas.

El Estado debe también mantener un grado de transparencia y publicidad en diversas fases de su actuación. Las leyes, sus reformas, los proyectos de ley o de regulaciones, deben ser conocidos públicamente, de forma que el inversionista tenga una idea clara sobre el marco legislativo y que la conducta del Estado pueda ser previsible. Bajo el mismo principio, derechos básicos como acceso al expediente o el poder conocer las razones que motivan una determinada decisión, han sido supuestos de hecho en los que la transparencia ha cobrado una importancia vital. Finalmente, el elemento de proporcionalidad es uno que sirve de contrapeso al elemento referente al respeto a las expectativas legítimas del inversionista al establecer un elemento que puede justificar una determinada conducta del Estado.

Estos elementos, como hemos mencionado arriba, reúnen características que hacen sencilla la identificación del TJE con el respeto al Estado de Derecho en sus dimensiones adjetiva y sustantiva. La violación al debido proceso en sede judicial constituye el supuesto más común de denegación de justicia, un ilícito internacional de larga data y que comprende además la debida aplicación de la legislación en las sentencias de fondo, cuya motivación debe estar fundamentada en argumentos sobre los cuales el inversionista haya tenido la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa y que, además, contenga un razonamiento sin errores graves.

Probablemente uno de los aspectos más resaltantes es que el Estado deba procurar un sistema judicial con un mínimo de independencia y eficiencia. Por supuesto, aun cuando un alegato de denegación de justicia puede encontrar apoyo en la situación general, precaria del Poder Judicial, el análisis debe ser sobre las actuaciones en el caso concreto, en el que deben existir circunstancias como las que hemos mencionado arriba para que se configure el ilícito.

LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE TRANSACCIÓN EN LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL: LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR***

*James Otis Rodner S.****

* El presente trabajo lo preparé para el libro homenaje de mi buen amigo y colega Humberto Romero Muci. Algunas secciones se tomaron en parte de mis trabajos “Comparación entre el Arbitraje y la Mediación” en *Boletín 162 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, V. 162, 2021, pp.991-1009. Reservados todos los derechos de autor. La sección “D” relativa a la denegación de la ejecución del Acuerdo de Transacción, la preparé con la ayuda de Ramón Escovar Alvarado y la ayuda de Rubén D. Valdivieso para la revisión de algunas secciones.

** Las siguientes abreviaturas se utilizan en el texto: UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), conocida por sus siglas en Inglés UNCITRAL; UNCITRAL 2002, Ley Modelo sobre la Conciliación Comercial Internacional; UNCITRAL 2018, Ley Modelo de UNCITRAL sobre los Acuerdos de Transacciones Internacionales Resultantes de la Mediación; Convención de Singapur 2019 (CS/2019). La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación aprobada por la Asamblea General el 20 de Diciembre de 2018 y firmada en Singapur, 2019, conocida como la Convención de Singapur 2019 (CS/2019) (no confundir con la Ley Modelo UNCITRAL de 2018); Convención de Nueva York (CNY/1958), Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en Nueva York, 1958; Directiva 2008/52 UE, Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de Mayo 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; CEDCA. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje; Reglamento CEDCA de Conciliación y Arbitraje 2020; CACC Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas; Reglamento CACC, Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 2022; MARC Medios Alternativos de Solución de Conflictos; CC Ven, Código Civil Venezolano; CC Perú, Código Civil Peruano; CC Panamá, Código Civil Panameño, CC Francés, Código Civil Francés 2016.

*** Abogado (1967), Universidad Católica Andrés Bello; Juris Doctor (1970) y MBA (1970), Universidad de Harvard; Especialización en Políticas Económicas (1992) y Master en Economía (1994), Universidad Católica Andrés Bello. Ha sido profesor de

SUMARIO

A. General: La Mediación Comercial Internacional. Naturaleza comercial de la transacción; Transacción Internacional. B. El Acuerdo de Transacción; Contenido. Ley aplicable; Motivación y concesiones recíprocas; Acuerdo firmado; Firma del Mediador; Formalidades. C. Normas que regulan la Mediación Internacional. D. Formas para la ejecución del Acuerdo de Transacción; 1) El Acuerdo como contrato; 2) El acuerdo como laudo arbitral. E. La ejecución directa en la Convención de Singapur. Denegación de medidas para ejecutar el Acuerdo de Transacción.

A. General; La Mediación Comercial Internacional

1.01 Se entiende por mediación comercial el proceso por el cual las partes en una relación jurídica patrimonial existente le solicitan a un tercero su asistencia para llegar a un acuerdo amistoso en una controversia (denominado “Acuerdo de Transacción”) (Ley Modelo UNCITRAL 2018, Art. 1.3)¹. Una definición parecida es la que contiene la propia Convención de Singapur 2019, y la cual establece expresamente que “se entenderá por mediación, cualquiera que sea la expresión utilizada o la razón por la cual se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (el “Mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución” (CS/2019 Art. 2, N° 3). El Acuerdo de Transacción es un convenio entre las partes mediante el cual resuelven sus diferencias. Aun cuando el mediador es esencial en el proceso de mediación, frecuentemente el Mediador no firma el Acuerdo de Transacción por cuanto el Mediador no es parte del mismo (ver post sec. 2.05).

1.02 Este estudio analiza cuando un Acuerdo de Transacción, resultado de una mediación comercial internacional, pueda ejecutarse en un país que haya ratificado la Convención de Singapur (CS/2019) aun cuando el país donde se celebró el Acuerdo de Transacción no lo haya hecho. Lo importante para tener el derecho de ejecución bajo la CS/2019 es que se trate de un Convenio o Acuerdo de Transacción en una mediación comercial internacional que cumpla con las normas de la CS/2019. La posibilidad de pedir la ejecución de un Acuerdo de Transacción, igualmente, se presenta en los países que hayan adoptado una ley de mediación que siga el modelo de UNCITRAL 2018. De manera que un acta de transacción que se otorgue como resultado de una mediación comercial internacional que tiene lugar en Venezuela, gracias a la Convención de Singapur, se puede ejecutar en forma directa en Singapur (país que ratificó la Convención) aun cuando la Convención no ha entrado en vigencia en Venezuela.

posgrado del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, y profesor invitado en la Universidad Central de Venezuela. Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Definición tomada con modificaciones de la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (UNCITRAL 2018) Art. 1, N° 3.

Naturaleza comercial de la transacción

1.03 Art. 1 de la CS/2019 establece que la misma será aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación con el fin de resolver una controversia comercial (CS/2019, Art. 1.1, encabezamiento). De esta norma, es claro que las mediaciones que no resuelvan una controversia de naturaleza comercial no están cubiertas por la Convención de Singapur. La razón de limitar la Convención de Singapur a mediaciones de naturaleza comercial en parte se debe a que, en el caso de cosas no comerciales, es mucho más probable que la mediación verse sobre puntos relativos al orden público muy específicos a ciertos tipos de cultura². En un sentido idéntico, la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (así como la versión original UNCITRAL 2002) establece que la misma será aplicada a la mediación comercial (UNCITRAL 2018, Art. 1, N° 1). Tanto UNCITRAL como la Convención de Singapur (CS/2019) se refieren, cuando definen el alcance de sus normas, a controversias de tipo comercial. No utilizan la palabra “mercantil”. Comercial tiene un sentido más amplio que mercantil.

1.04 Así mismo, la Convención de Singapur no se aplica a ciertos Acuerdos de Transacción concertados para resolver controversias donde una de las partes (un consumidor) participe con fines personales, familiares o domésticos, así como no se aplica a los Acuerdos de Transacción relacionados con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral (CS/2019, Art. 1, número 2b). Esta norma de la Convención, parece insinuar que el sentido comercial es amplio e incluye todo lo que no esté excluido dentro de la norma especial relativa a operaciones donde una de las partes es un consumidor, participa con fines personales y los relacionados al derecho de familia, sucesiones y trabajo.³

1.05 En la Convención de Singapur no existe una lista de lo que debe considerarse comercial, por el contrario, en la Ley Modelo UNCITRAL del 2018 (tomada esta norma de la Ley Modelo UNCITRAL 2002) se establece en el pie de página una definición bastante abierta de lo que es comercial, estableciéndose que comercial debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque las

² Nadja Alexander y Shouyu Chong, *The Singapore Convention on Mediation*, Holanda, 2019, p. 27. Alexander y Chong a la vez citan el reporte del grupo de trabajo II para la Sesenta y Tresava sesión de las Naciones Unidas, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/v15>.

³ La exclusión del alcance de CS/2019 en el caso de mediaciones concertadas para resolver controversias cuando una de las partes es un consumidor, en parte se explica porque los procedimientos que involucran a los consumidores normalmente requieren algún tipo de protección en consideración de que el consumidor es una especie de débil jurídico. Si se abre la Convención de Singapur para mediaciones relativas a consumidores, tendría que tener la Convención de Singapur normas para asegurarse que el consumidor ha recibido la debida protección. La Convención de Singapur busca aprobar una forma de ejecución directa y universal, cosa que no sería posible en los asuntos que involucran un consumidor.

cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no (UNCITRAL 2018, Art. 1, cita N° 2). Comercial, según la Ley Modelo UNCITRAL 2018, comprende, entre otras cosas, operaciones comerciales, suministro e intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, *factoring*, arrendamiento de bienes, equipos, construcción de obras, consultoría, ingeniería y otras. La lista que da la Ley Modelo UNCITRAL es simplemente ilustrativa e incluye actividades tanto en la compra de bienes como en la compra de servicios. Queda la duda si la palabra “financiación” que usa la Ley Modelo UNCITRAL incluye todo tipo de operaciones financieras, incluyendo operaciones con títulos valores que no están expresamente incluidos y operaciones complejas como las que surgen del uso de derivados financieros⁴. La práctica nos indica que en las operaciones financieras complejas normalmente las controversias están sujetas a una mediación previa antes del litigio. Esto ocurre en los casos de controversia bajo el ISDA Master.⁵

Transacción Internacional

1.06 La Convención de Singapur será aplicable al Acuerdo de Transacción que en el momento de celebrarse sea internacional (AD/2019 Art. 1.1). Bajo la Convención de Singapur, el lugar donde se haya celebrado el Acuerdo de Transacción no define la internacionalidad del mismo. Más aún, el lugar (Estado) donde se celebra el Acuerdo de Transacción no tiene relevancia alguna para determinar si el Acuerdo de Transacción puede ser motivo de ejecución forzosa.⁶

Señala Van de Ker Ckhove que, en este sentido, tanto la Ley Modelo UNCITRAL 2018 como la Convención de Singapur, se apartan en esto del modelo de la Unión Europea que permitía y exigía controles sobre el Convenio de Transacción en el país donde el mismo se había celebrado⁷. En efecto, lo que sucede es que el Acuerdo de Transacción, para los efectos de la Convención de

⁴ Por derivados financieros se entiende un instrumento título que deriva su valor del valor de otro instrumento. Antunes, J. Engracia define los derivados como los contratos a plazo celebrados entre inversores, intermediarios financieros y entidades gestoras del mercado por referencia a un determinado activo subyacente. Antunes J. Engracia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra, 2020, p. 615

⁵ Hilaria Forestieri y Philip Paech, “Mediation of Financial Disputes”, publicado en Katherine Titi y Katia Fach Gómez, *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford, 2019, p. 209.

⁶ La revisión del Acuerdo de Transacción lo hace la autoridad competente del país donde se está pidiendo la ejecución de la misma y no el país donde se celebró el Acuerdo de Transacción. Karen Van de Ker Ckhove, “Mediation of Cross Border Commercial Disputes in the European Union”, en Katherine Titi y Katia Fach Gómez (ed.), *Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Oxford, 2019, p. 200.

⁷ *Ídem*.

Singapur, es un acuerdo en cierta forma anacional, o sea, que no importa el país de donde origina el Acuerdo y el Acuerdo no está identificado con ningún país determinado⁸.

La internacionalidad la define, para los efectos de la Convención de Singapur, el establecimiento de las partes y el lugar de ejecución de las obligaciones que nacen del Acuerdo de Transacción. En un sentido contrario, la Convención de Nueva York/58 relativa a la ejecución de laudos arbitrales internacionales define la internacionalidad del laudo por el lugar donde se emitió el mismo (Convención de Nueva York/58, Art. 1)⁹.

1.07 De acuerdo con la Convención de Singapur, la internacionalidad del Acuerdo de Transacción se fija por una de tres reglas diferentes:

(a) El Acuerdo de Transacción es internacional si al menos dos partes del Acuerdo tienen, en el momento de la celebración del Acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes (CS/2019, Art. 1.1.A). Cuando una parte tenga más de un establecimiento, prevalecerá el que guarde una relación más estrecha con la controversia (CS/2019, Art. 2.1.A). Un Acuerdo de Transacción celebrado entre A y B, si A y B tienen sus establecimientos en dos Estados diferentes, por ejemplo, A es una compañía panameña y B es una compañía peruana, el Acuerdo de Transacción se considera internacional.

Una norma parecida se encuentra en la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (UNCITRAL 2018, Art. 3.2.A). Curiosamente, hay una pequeña diferencia en la Ley Modelo UNCITRAL 2018, ya que hace referencia a la necesidad de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando en la Convención de Singapur se habla de al menos dos partes. Lo que sucede es que la

⁸ La expresión “derecho anacional”, tomada de Françoise Rigaux, «Les Situations Juridiques Individuelles dans un Système de Relativité Générale», en *Recueil de Cours de la Académie de Droit International*, 1989. Anacional, como referido al derecho nacional, surge como separado de un sistema jurídico, es decir, no incorporado dentro del derecho positivo en ningún país. En sentido “nacional” tiene una connotación diferente a “internacional”, ya que no se refiere a ninguna nación determinada. Esto sucede con el acuerdo de mediación, la nación o Estado donde se haya llegado al Acuerdo de Transacción no tiene ningún efecto jurídico sobre el mismo o, por lo menos, no afecta la ejecución forzosa del mismo.

⁹ De acuerdo con la Convención de Nueva York, ésta se aplica para el reconocimiento y ejecución forzosa de los laudos arbitrales hechos en un territorio de Estado distinto al Estado donde se está pidiendo reconocimiento y ejecución de dicho laudo (CNY/58 Art. I).

Convención de Singapur prevé la posibilidad de que existan Acuerdos de Transacción plurilaterales, o sea, de más de dos partes¹⁰.

(b) El segundo supuesto de internacionalidad es cuando el Estado en que las partes en el Acuerdo de Transacción tienen sus establecimientos, no es el Estado en que se cumple la parte sustancial de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Transacción. Un ejemplo de este supuesto sería un contrato entre dos personas que tengan establecimiento en el mismo país, así en Colombia, y que hayan celebrado una transacción que obliga el pago de una suma de dinero denominada en dólares de los Estados Unidos por transferencia en una cuenta de banco ubicada en la ciudad de Nueva York. En este caso, el Acuerdo de Transacción es internacional.

(c) El tercer supuesto es cuando las partes del Acuerdo de Transacción tienen sus establecimientos principales en el mismo Estado, pero éste no es el que está más estrechamente vinculado al Acuerdo de Transacción.

B. Acuerdo de Transacción

2.01 El acuerdo resultado de un proceso de mediación comercial se refleja en un documento denominado Acuerdo de Transacción¹¹. El Acuerdo de Transacción es conocido en la práctica internacional como un “*International Mediated Settlement Agreement*” (iMSA), Acuerdo de Transacción Internacional resultado de una Mediación (ATIM). El mismo tiene la forma de un convenio entre las partes con los elementos esenciales de un contrato (CC Ven Art. 1.141). La Transacción Internacional (iMSA) se parece al Contrato de Transacción del Código Civil (CC Ven artículos 1.713 al 1.723), excepto que éste último no tiene que ser el resultado de una mediación cuando la Transacción

¹⁰ Esto puede suceder en los casos típicos de contratos plurilaterales, como sería un contrato de sociedad. También pueden existir los contratos bilaterales con consentimiento complejo, como sucede en los casos de una cesión de un contrato donde se requiere del consentimiento del cedente, el cesionario y el contratante cedido. Por ejemplo, una cesión de un contrato deportivo siempre requiere el consentimiento de tres partes aunque el contrato sea bilateral. En estos casos, si surge una controversia, puede ser que el Acuerdo de Transacción en la controversia lleve el consentimiento de las tres partes. La norma de la Convención de Singapur abarca, en estos casos, la necesidad de que, por lo menos, dos de las tres partes tengan una nacionalidad diferente a la otra parte.

¹¹ El término “Acuerdo de Transacción” está tomado de la Ley Modelo UNCITRAL 2018, Artículo 1. El mismo se aplica a los Acuerdos de Transacción resultado de una mediación comercial internacional. Acuerdo de Transacción también se puede referir al acuerdo celebrado en una transacción regulada por las normas del Código Civil (Artículos 1713 y siguientes), sin embargo, no es lo mismo.

Internacional (iMSA) necesariamente tiene que ser el resultado de un proceso de mediación en el cual debe participar un Mediador (ver ante sección 1.01)¹².

Contenido

2.02 En el Acuerdo de Transacción se identifican las partes y el Mediador y luego se narra lo que las partes convinieron; en el mismo se debe describir los derechos y obligaciones de cada parte que resultan de lo que han acordado. Esto es importante si más tarde hubiera que pedir la ejecución forzosa del Acuerdo. Por lo cual es importante que el Acuerdo sea claro en relación de cuáles asuntos se han resuelto y cómo se resolvieron. Bajo la CS /2019 la autoridad competente del país en que se soliciten medidas para la ejecución del Acuerdo (“hacer valer el Acuerdo”) podrá negarse a otorgar estas medidas si, entre otros, las obligaciones estipuladas en el Acuerdo se han cumplido; o no son claras o comprensibles (CS/2019 artículo 5.1(c)). Esto es especialmente cierto en relación con obligaciones que son claves para el Acuerdo incluyendo el pago de sumas de dinero y la contraprestación de una de las partes que paga por las obligaciones asumidas por la otra parte¹³. Cuando las obligaciones no consisten en el pago de sumas de dinero, la redacción del contenido del Acuerdo es aún más delicada; se debe explicar con precisión en qué consiste la obligación. En este sentido, el Acuerdo tendrá en la parte dispositiva una redacción similar a la de un laudo arbitral¹⁴.

Así mismo el Acuerdo de Transacción debe ser puro y simple, si el mismo está sometido a una condición no se podrá ejecutar si la condición aún no se ha cumplido (CS/2019 artículo 5.1(b)(ii)).

¹² A pesar de lo parecido con la mediación, la transacción del Código Civil Venezolano, al igual que en varios códigos europeos, está dirigida a terminar un litigio. La mediación comercial es más amplia y va dirigida a evitar una controversia; a veces hay controversias entre comerciantes que no llegan al litigio, pero ciertamente afectan la eficacia económica de la relación comercial. En segundo lugar, la transacción requiere concesiones recíprocas, es lo que llama Santoro Passarelli la causa de la transacción. Francesco Santoro Passarelli, *La Transazione*, 2da. Edición, Nápoles, 1963, citado por José Mélich-Orsini, *La Transacción*, serie de estudios No. 65, ACSP, Caracas, 2006, p.72, sección 30. En la moderna doctrina italiana se habla de las recíprocas concesiones que deben hacer las partes en la Transacción, ver Giovanni Sciancalepone, *della Transazione*, Milano, 2018, p. 19, sección 3.3. Para que se pueda hablar de una transacción en el sentido del Código Civil, las partes tienen que hacerse concesiones recíprocas. En la mediación internacional no es necesario que aparezca que las partes hicieron concesiones recíprocas.

¹³ Shouyu Chong, Felix Steffek, “Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation under the Singapore Convention”, en *Singapore Academy of Law Journal*, 31, 2019, pp. 448, 472.

¹⁴ N. Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *Redefern and Hunter on International Arbitration* 6ta edición, Oxford, 2015, p.553.

El someter el Acuerdo a condiciones no es recomendable ya que hace más difícil el proceso de ejecución y obliga a traer a proceso de ejecución diferentes tipos de pruebas relativas a la condición.

El contenido del Acuerdo de Transacción es igualmente importante porque agota la obligación de someter un determinado asunto a mediación, obligación que nace del Convenio de Mediación¹⁵. Además, si surge en el futuro una controversia que se había resuelto en un acta de transacción, se puede hacer valer el carácter de cosa juzgada del Acuerdo de Transacción anterior (CS/2019 Art 3.2)¹⁶.

Ley aplicable

2.03 En algunos Acuerdos de Transacción internacionales las partes incluyen, dentro del texto del Acuerdo, la escogencia de una ley aplicable para la interpretación del mismo. Esta ley aplicable no tiene que ser la misma ley aplicable al contrato que dio origen inicialmente a la controversia. La importancia en la escogencia de una ley aplicable al Acuerdo de Transacción internacional es que bajo la CS/2019, así como bajo la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (artículo 19. 1b(i)), la parte contra quien se está pidiendo la ejecución puede pedir que se niegue la ejecución si prueba que el Acuerdo es nulo o ineficaz (ver post sección 5.09). La nulidad se determina de acuerdo con la ley aplicable al propio Acuerdo de Transacción a la cual lo hayan sometido las partes. Si las partes en el ATIM no han determinado la ley aplicable, se aplica la ley que considere aplicable la autoridad donde se pide la ejecución.

Diferente a la ley aplicable es el problema de jurisdicción para la ejecución del Convenio. El Acuerdo de Transacción que cumpla con la CS/2019 se puede ejecutar en cualquier país que haya ratificado la CS/2019. No tiene sentido entonces limitar el ámbito geográfico donde se pueda pedir la ejecución forzosa del Acuerdo de Transacción. Es más práctico esperar hasta el momento en que se vaya a ejecutar.

¹⁵ Es el Acuerdo por el cual las partes en una relación jurídica, un contrato, acuerdan someter cualquier controversia futura, o una controversia existente, a un proceso de mediación. El Convenio o Acuerdo de Mediación, puede estar solo o acompañar a una convención o acuerdo de arbitraje. Este último supuesto se llama convenio en etapas o *step function*, Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coímbra, 2021, pp. 78- 79. La Convención de Mediación, o sea, el convenio de someter un asunto presente o futuro a mediación, no se debe confundir con el Acuerdo de Transacción, que es el acuerdo de las partes una vez que han resuelto su conflicto.

¹⁶ N. Alexander y S. Chong, *ob. cit.*, p. 78, sección 4.08.

Motivación y concesiones recíprocas

2.04 En el ATIM, el Acuerdo entre las partes no tiene que estar motivado, no es necesario que el Acuerdo de Transacción exprese la razón por la cual las partes llegaron a un Acuerdo. Más aún, no es necesario que las partes se den concesiones recíprocas ni que se explique por qué las partes llegaron al Acuerdo. Por el contrario, la transacción en el Código Civil (CC Ven. artículos 1713 al 1723) requiere concesiones recíprocas, es lo que llama Santoro Passarelli la causa de la transacción¹⁷. Para que se pueda hablar de una transacción en el sentido del Código Civil, las partes tienen que hacerse concesiones recíprocas. En Francia, para el Contrato de Transacción regulado en Código Civil (CC Fr. Artículo 2044), las partes deben otorgarse concesiones recíprocas de modo que cada concesión se pueda ver como la contrapartida de lo que se ofrece¹⁸. Según la Casación Francesa, la ausencia de concesiones recíprocas conlleva la nulidad de la transacción¹⁹. Por el contrario, el Acuerdo de Transacción internacional resultado de una mediación (iMSA), no requiere que las partes se hagan concesiones recíprocas y mucho menos que cada concesión sea una contrapartida de lo que se ofrece. Esto explica por qué los iMSA usualmente no contienen una explicación de la causa y no contienen motivación, como sucede en el caso de los laudos arbitrales.

2.05 La anterior conclusión se fundamenta en la diferencia entre la transacción del Código Civil y la transacción resultada de un proceso de mediación internacional. Si vemos la transacción comercial internacional como un tipo de transacción de las tipificadas en el Código Civil (CC Ven. Artículos 1713 al 1719), tendríamos que concluir que, si no se expresan las concesiones recíprocas, el Convenio de Transacción es nulo y, por lo tanto, de acuerdo a la Convención de Singapur, se podría denegar su ejecución (CS/2019 artículo 5.1) (ver post sección 5.13). Existen muchas razones de fondo para diferenciar las dos figuras.

La diferencia fundamental es que para la transacción del Código Civil no se necesita un Mediador cuando la mediación comercial internacional es necesariamente el resultado de un proceso donde participa un Mediador nombrado por las partes.

¹⁷ Francesco Santoro Passarelli, *La Transazione*, 2da. Edición Nápoles, 1963, citado por José Mélich-Orsini, *La Transacción*, *ob. cit.*, p. 72, sección 30. En la moderna doctrina italiana se habla de las recíprocas concesiones que deben hacer las partes en la transacción, ver Giovanni Sciancalepone, *della Transazione*, Milano 2018 p. 19, sección 3.3.

¹⁸ Jean Philipp Tricoit, *Droit de la Mediation et des Modes Amiable de Reglement des Difference*, Issy-les-Moulineaux, 2019, p 171, sec. 570.

¹⁹ Casación Civil 1^{ra}, 4 de mayo de 1976, Boletín Civ.1, No.157. Cita tomada de Tricoit, *ob. cit.*

2.06 La transacción puede ser total o parcial. La recomendación, generalmente, es que en la mediación el Acuerdo de Transacción sea total, pero a veces no es posible. En la mediación no se presenta el problema de *infra petita* o *ultra petita* que se presenta a menudo en los procesos arbitrales. Adicionalmente, en el acta de transacción se suele incluir una explicación de cómo se van a manejar las relaciones comerciales entre las partes en el futuro. Esto sucede cuando la relación comercial que da origen a la mediación no queda disuelta como resultado del conflicto.

Acuerdo firmado; firma del Mediador

2.07 En las mediaciones comerciales internacionales el Acuerdo de Transacción debe celebrarse por escrito y estar firmado por las partes, (Convención de Singapur, 2019, Art. 4.1(a); UNCITRAL, 2018, Art.18.1)²⁰. Así mismo, se requiere prueba que el Acuerdo es el resultado de un proceso de mediación. Un Acuerdo de Transacción puro y simple que resulte de una negociación entre dos partes y el cual no se haya resuelto en una mediación con un Mediador (ver ante sección 1.01, definición de mediación, post sección 4.02), no califica como una transacción comercial internacional bajo los términos de la CS/2019 (CS/ 2019 artículo 2) y, por lo tanto, no califica para una ejecución directa bajo las normas de la CS/2019.

Si el Mediador firma el Acta de Transacción, cosa que no es necesaria, ello hace prueba que la transacción fue el resultado de una mediación (CS/2029 Art. 4.1 b) i). En algunas jurisdicciones se sigue la práctica de que el Mediador no firma el Acta de Transacción junto con las partes²¹, sino que se limita a firmar un documento aparte donde deja constancia que el Acuerdo de Transacción es el resultado de un proceso de mediación (CS/2019 Art. 4 (b)(ii)). En efecto, como señalamos antes (sección 1.01), el Mediador no es parte del convenio del cual surge el Acta de Transacción y, por lo tanto, no es necesario que manifieste su voluntad en el momento del nacimiento del mismo. Más aún, es recomendable que no firme el acta de modo que no se interprete que él está dando su consentimiento al contenido del mismo²². Sin embargo, la participación del Mediador en el proceso de mediación es esencial para la mediación comercial internacional.

2.08 De acuerdo con la CS/2019, se entenderá que el Acuerdo de Transacción se ha celebrado por escrito y está firmado por las partes si el mismo consta en una comunicación electrónica (CS/2019, art 4 (2)). La comunicación puede consistir en un intercambio de correos electrónicos enviado por cada parte por separado y en la cual se da el consentimiento para el Acuerdo de Transacción.

²⁰ En los Acuerdos de Transacción regulados por el Código Civil no se exige la firma del Mediador, ya que el Mediador no es necesario y en muchos casos no existe.

²¹ N. Alexander y S. Chong, *ob. cit.*, p. 79.

²² *Ídem.*

Esta comunicación electrónica debe utilizar un método para determinar la identidad de las partes y para indicar la intención que tienen las partes respecto a la intención de las mismas relativas a la información (CS/2019 Art. 4.2(a)).

Formalidades

2.09 La CS/2019 y la propia ley Modelo UNCITRAL, no exigen que el Acuerdo de Transacción tenga que cumplir ninguna formalidad en el país donde se celebró la transacción. El acta de transacción, para disfrutar del derecho a la ejecución directa, no tiene que ser notariada, registrada ni presentada para homologación ante ningún tribunal o autoridad en el país de la transacción. El resultado es que el acta de transacción bajo la CS/2019 sirve como documento para pedir la ejecución del Acuerdo, o sea, es un título ejecutivo sin necesidad de formalización de ningún tipo (CS/Art.4.1). En un sentido idéntico, la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (artículos 17 y 18).

C. Normas que regulan la Mediación Internacional

3.01 En Venezuela, a diferencia de otros países Latino Americanos, no existe ninguna legislación especial relativa a la mediación comercial. La Ley de Arbitraje Venezolana no contiene ninguna norma relativa a la mediación. A pesar de esta falta de norma de derecho positivo, en el año 2000 la mediación comercial en Venezuela recibió un impulso en el CACC, donde ya se habían completado varias mediaciones comerciales. Según la Memoria de la CACC de 2000, se constituyó una Comisión para la redacción de un Anteproyecto de Ley de Mediación Comercial. Dicho Anteproyecto se consultó con grupos focales integrados por varios sectores interesados (académicos, poder judicial, colegios de abogados, miembros de la lista de mediadores del CACC) y presentado a la Junta Directiva el día 23 de noviembre. Posteriormente fue entregado a las distintas fracciones parlamentarias de la Asamblea Nacional para su entrada en la agenda legislativa del año 2001²³. Lamentablemente, este Anteproyecto nunca fue aprobado. El resultado es que en Venezuela no hay ninguna norma de derecho positivo que regule la mediación comercial, tanto nacional como internacional²⁴, lo cual significa que la mediación comercial nacional e internacional no está tipificada en Venezuela a pesar de que fue considerada muy seriamente ya desde el año 2000.

²³ Memoria y Cuenta de la CACC 2000. También comentarios de Diana Droulers, en su momento Directora Ejecutiva de la CACC. El Anteproyecto tenía el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

²⁴ La Constitución Venezolana de 1999 establece en su Artículo 258, primer aparte, que la Ley promoverá “la mediación”. Esta es una norma programática. Posiblemente, el hecho que la Constitución contiene esta norma explica por qué Venezuela, a pesar de no tener una ley sobre la mediación, sí firmó la recién aprobada Convención de Singapur de 2019.

3.02 En Venezuela, sin embargo, la mediación comercial está reconocida en la práctica. En primer lugar, algunos Centros de Arbitraje como el CACC y el CEDCA contienen en sus reglamentos normas relativas a los procedimientos de mediación (ver comentario más adelante sobre el Acuerdo de Transacción en el Reglamento del CEDCA). Adicionalmente, los procedimientos de mediación comercial se desarrollan usando los modelos de mediación en la práctica y la doctrina europea, así como en las Leyes Modelo de UNCITRAL (2002 y 2018) sobre conciliación y mediación.

La ausencia de normas que regulen la mediación comercial, como el caso de Venezuela, no es lo usual en América Latina. Así, tienen normas de derecho relativas a la mediación en el Ecuador, Panamá, Perú y otros, los cuales tienen normas generales sobre la mediación doméstica.

3.03 La mediación internacional, como una alternativa al arbitraje, adquiere importancia a partir de la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo (Directiva 2008/52 UE). La Directiva 2008/52 tiene como objetivo “facilitar el acceso a las modalidades alternativas para la solución de conflicto y fomentar...el uso de la mediación” (Directiva 2008/52 UE, Preámbulo). Su objetivo son las mediaciones transfronterizas (Directiva 2008/52, UE Art. 2) donde una de las partes está domiciliada en un Estado miembro distinto al Estado miembro de cualquiera de las otras partes. La esencia transfronteriza, o mejor dicho, carácter europeo de la mediación, es la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa de un Acuerdo de Transacción que es el resultado de un proceso de mediación que tiene lugar en un país miembro de la Unión Europea (UE), en otro país de la propia UE.

3.04 Como efecto de la Directiva de la Unión Europea (2008/52 UE), se adoptaron en Europa leyes especiales que reconocen la mediación transfronteriza, o sea, que reconocen la posibilidad de ejecución forzosa de Acuerdos de Transacción logrados en otros países de la Unión Europea²⁵. Estas leyes incluyen, en el caso de España, la Ley 5/2 2012 de Mediación; en Portugal, la Ley 29/213; en Italia, Decreto Ley 98/2013; en Francia, Ley 2010-1609²⁶. La Directiva 2008/52 de la Unión Europea no es una ley modelo sino una directiva aplicable solamente a los países de la Unión Europea. Los países que no forman parte de la Unión Europea no están afectados por esta Directiva.

3.05 Las leyes europeas, a diferencia de la Ley Modelo UNCITRAL/2018 y de la propia Convención de Singapur, no otorgan un reconocimiento universal a todos los Acuerdos de Transacción sino que se limitan a otorgar

²⁵ Para un estudio sobre las leyes europeas relativas a la mediación ver Luciano Lupini Bianchi, “Recientes Desarrollos de la Mediación y otros Mecanismos de Resolución Alternativa de Controversias en Europa”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (RVLJ), Edición en homenaje a James Otis Rodner, tomo 13-2, 2019, pp. 611-645.

²⁶ Referencia a las leyes italiana y francesa tomados de Lupini Bianchi, *ob cit.*, p. 641.

fuerza ejecutiva a los Acuerdos de Transacción obtenidos en mediaciones realizadas en otro estado de la propia Unión Europea (UE). Como ejemplo, la Ley de Mediación de Portugal (Ley No. 29/2013 de abril 2013, artículo 9.4). En Portugal, la propia Ley 29/2013, además de limitarse a países de la UE, exige la reciprocidad lo cual significa que, para tener fuerza ejecutiva en Portugal, un Acuerdo de Transacción celebrado en otro estado de la UE debe igualmente otorgar fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación celebrados en Portugal. Es válida igualmente la observación que en muchos Estados de la Unión las normas sobre mediación están contenidas en normas generales y un sin número de reglas dispersas (*éparpillés*) para tipos especiales de mediación como mediaciones para consumidores, del cine, militares y reglas en decretos leyes y en los códigos de procedimientos civiles²⁷.

3.06 Es necesario tener una jurisdicción abierta y universal para la ejecución forzosa de los Acuerdos de Transacción. A partir de la Convención de Nueva York de 1958, los laudos arbitrales extranjeros se pueden ejecutar en un país que haya adoptado la Convención. Hoy en día, la CNY/58 está reconocida en la mayoría de los países del mundo²⁸, por lo cual, los laudos arbitrales tienen hoy una aceptación abierta y universal. La necesidad de dar un alcance internacional y abierto a la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos, llevó en 2002 a la UNCITRAL a la adopción de una Ley Modelo (UNCITRAL 2002) conocida como Ley Modelo sobre la Conciliación Internacional. El problema con la Ley Modelo es que ésta únicamente es operativa si un país la incorpora dentro de su derecho positivo interno y, además, cuando se hace la incorporación, el país que la adopta le puede hacer reformas o variaciones; se trata sólo de una ley modelo. Para esta fecha (agosto 2022), 33 países para un total de 46 jurisdicciones han adoptado las Leyes Modelo UNCITRAL 2002 y 2018²⁹.

UNCITRAL ya había adoptado en 1980 las Reglas sobre Conciliación (Asamblea General, resolución 35/52). Estas reglas son relativas al proceso de mediación y operan como normas entre particulares, pudiéndose adoptar para regir cualquier procedimiento de mediación o conciliación. Igualmente, contienen una cláusula modelo de sometimiento a la conciliación. La palabra conciliación debe entenderse como una referencia a la mediación.

²⁷ Jean- Philippe Tricoit, *ob. cit.*, pp.31-32.

²⁸ 165 países que reconocen la Convención de Nueva York/58.

²⁹ En los Estados Unidos se ha adoptado uno de los modelos de las Leyes Modelo UNCITRAL/2002 y 2018, incluyendo Washington DC y 12 estados. Esto explica la cuenta de menos países que jurisdicciones. En el sistema federal norteamericano, las mediaciones civiles son materia de la legislación estatal y no federal.

El término conciliación, como sinónimo de mediación, también aparece en la primera Ley Modelo UNCITRAL sobre mediación adoptada en 2002³⁰.

Las Naciones Unidas adoptó en 2018 una nueva Ley Modelo (UNCITRAL 2018). La Ley Modelo 2018 contiene normas relativas al procedimiento de mediación (artículos 5 al 15), entre los cuales se encuentra el artículo 15 que establece el principio según el cual el acuerdo que resuelva la controversia es vinculante y susceptible de ejecución. Igualmente, la Ley Modelo UNCITRAL 2018 contiene las normas para la ejecución directa de los Acuerdos de Transacción celebrados en jurisdicciones extranjeras (artículos 16 al 20). Con éstas últimas (artículos 16-19), en una jurisdicción donde se haya adoptado para el derecho interno la Ley Modelo UNCITRAL/2018 se puede, igualmente, pedir la ejecución de Acuerdos de Transacción celebrados en el extranjero.

3.07 En agosto 2019, las Naciones Unidas aprobó una convención sobre la ejecución de Acuerdos de Transacción: la Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, mejor conocida como Convención de Singapur/2019. La Convención de Singapur tiene un alcance universal y establece que, sujeto a ciertas condiciones dentro del texto de la Convención, en el caso de mediaciones resultado de disputa internacional de naturaleza comercial, un país que hubiere adoptado la Convención de Singapur se obliga a ordenar la ejecución de los Acuerdos de Transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la propia Convención (Convención de Singapur/2019, Art. 3, Numero 1). Estas normas en la Convención de Singapur fueron tomadas directamente de las reglas en el Capítulo 3 de la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (artículos 16 al 19). Sin embargo, a diferencia de la Ley Modelo UNCITRAL 2018, la Convención de Singapur (CS/2019) no contiene normas sobre el procedimiento de mediación. El fin de la Convención de Singapur es “el de facilitar el reconocimiento y ejecución de los iMSAS (acuerdos comerciales de transacción internacional)”³¹, o sea, la adopción de una jurisdicción abierta y universal.

3.08 Con la adopción de la Convención de Singapur, una vez que entre en vigencia en todos los Estados que la hayan ratificado, se daría ejecución forzosa a los acuerdos de mediación, independientemente de que el acuerdo de mediación hubiere sido adoptado en otro Estado que hubiere también adoptado la Convención de Singapur (ver Sección 2, Alcance de la Convención). Los países que inicialmente adoptaron la Convención de Singapur incluyen 46 países diferentes donde evidentemente el más importante es los Estados Unidos de

³⁰ En Venezuela, el término conciliación es una referencia a la conciliación procesal prevista en los artículos 257 al 262 del CPC. El término conciliación en Venezuela es usado para describir el procedimiento promovido por un Juez donde no existe un Mediador ya que la función de Mediador la ejerce el propio Juez. Tomado de mi trabajo “Comparación entre el Arbitraje y la Mediación”, en ACPS Boletín.

³¹ N. Alexander y S. Chong, *ob. cit.*, p. 10, sección 0.3.1.

América, sitio donde muchas partes podrían acudir para los efectos de ejecución forzosa, especialmente en relación con prestaciones pecuniarias que pudieran haber nacido de un Acuerdo de Transacción. En América Latina, la Convención fue aprobada por Chile, Haití, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Queda por saber si será ratificada por estos países. La Convención entró en vigencia en abril 2022 con la ratificación de Turquía.

En los países que adopten la Convención de Singapur, ésta será aplicable a todo Acuerdo de Transacción (acuerdo de mediación) adoptado para resolver una controversia comercial internacional (CS 2019 Art. 1.1), independientemente del lugar donde haya tenido lugar el procedimiento de mediación, del lugar donde se haya firmado el Acuerdo de Transacción, independientemente de la nacionalidad de las partes en el proceso e independientemente de la reciprocidad, siempre que el Acuerdo se considere comercial e internacional, de conformidad con las reglas de la propia Convención (ver post sección 4.01). El fin de la Convención es permitir que en un país que haya ratificado la Convención se pueda obtener la ejecución forzosa de los Acuerdos de Transacción resultado de mediaciones comerciales internacionales obtenidos en cualquier país.

3.09. Ninguno de los países europeos adoptó la Convención de Singapur. La explicación es que ya Europa tiene la Directiva del Parlamento Europeo y las leyes domésticas que se habían adoptado para los efectos de implementar la referida Directiva (Directiva 2008/52 UE). A medida que la CS/2019 sea ratificada por más países, los países europeos tendrán que reconsiderar su política relativa a las Transacciones Comerciales Internacionales y no limitarlas a Europa.

D. Formas para la ejecución del Acuerdo de Transacción

4.01 La mayoría de los Acuerdos de Transacción resultantes de un proceso de mediación comercial se cumplen en forma voluntaria y, por lo tanto, no requieren un procedimiento para su ejecución forzosa. Si una de las partes, después dar su consentimiento al Acuerdo, no cumple con sus obligaciones bajo el mismo, la otra parte tiene tres formas para pedir su ejecución. La primera es considerar el Acuerdo como un contrato y pedir la ejecución forzosa del contrato. La segunda, si el Acuerdo está contenido en un laudo, es pedir la ejecución del laudo. Y la tercera, y más sencilla, es pedir la ejecución directa en un país que haya aprobado la CS/2019 o, en defecto, pedir la ejecución directa en un país que haya adoptado Ley Modelo UNCITRAL/2018, la cual reconoce la ejecución directa de los Convenios de Transacción (ver post E sección 5.06).

1) El Acuerdo como contrato

4.02 El Acuerdo de Transacción es un contrato entre las partes (Ver ante sección 1.01). Por ello, una de las partes del contrato, en caso de incumplimiento de su contraparte, puede acudir a los tribunales con jurisdicción y pedir el cumplimiento forzoso del mismo. Evidentemente esto es un proceso lento y para

el cual el hecho que el contrato se haya celebrado como resultado de una mediación no agrega nada para la ejecución del mismo. Es posible que en el propio Acuerdo de Transacción las partes hayan convenido que cualquier controversia o disputa relativa al Convenio de Transacción, como pueden hacer con cualquier relación contractual, será resuelta por arbitraje.

Un Acuerdo de Transacción que sea resultado de una mediación comercial, en el sentido de la doctrina internacional, necesariamente requiere que el mismo se haya celebrado con la asistencia de un tercero, el Mediador. Si el Acuerdo de Transacción se celebra en una mediación donde no haya participado un Mediador, el mismo se parece a una transacción extra-judicial en el sentido del Código Civil (CC Ven artículo 1714) y no califica bajo la CS/2019, y tendrán que ejecutar el Acuerdo como un Contrato de Transacción bajo las normas del Código Civil.

En estos casos hay que tener presente la regla del Código Civil que requiere que la misma esté causada, lo cual requiere que la transacción sea el resultado de concesiones recíprocas de las partes (ver ante sección. 2.04).

4.03 La mediación internacional, para calificar bajo la Convención de Singapur, no requiere ninguna formalidad especial, excepto las que están previstas en la propia Convención. Es posible que una mediación en Venezuela donde haya participado un tercero como Mediador se pueda considerar internacional bajo las normas de la CS/2019. El carácter internacional no es siempre evidente para las partes. Por ejemplo, como vimos, bajo la CS/2019, cuando el Estado en que las partes tengan su establecimiento no es el Estado que más estrechamente está vinculado al objeto del Acuerdo de Transacción (CS/2019 Artículo 1.1(b)ii). Esto se aplica aún en el caso de que ambas partes tengan su establecimiento en el mismo lugar (ver ante 1.06). En la práctica se puede presentar el caso de que, inicialmente, las partes no se den cuenta del carácter internacional del Acuerdo de Transacción y de la posibilidad de su ejecución en un país signatario de la CS 2019.

2) El acuerdo como laudo arbitral

4.04 Una fórmula usada por los dos grandes centros de arbitraje en Venezuela (CEDCA y CACC) es la de completar la mediación con un Mediador y cuando las partes hayan llegado a un acuerdo, convertir o transformar este Acuerdo de Transacción en un laudo arbitral con el Mediador actuando como árbitro³². En estos casos se usa el Acuerdo de Transacción producto de la mediación, como texto para el laudo arbitral. En el reglamento del CEDCA este proceso se denomina transformación del acuerdo de mediación en un laudo. Con esta figura, que se denomina en la doctrina internacional como un híbrido (*med-arb*), o más correctamente como laudo por consentimiento, cualesquiera de las partes podrán acudir con el laudo y buscar su ejecución bajo los términos de la

³² Ver Reglamento CEDCA artículo 11.2; y Reglamento CACCC artículo 111.

Convención de Nueva York (1958). De acuerdo con la CS/2019, ésta no se aplica en los casos de Acuerdos de Transacción incorporados en un laudo arbitral que sean ejecutables como tal (CS/2019 Artículo 1.3 (b)). Significa que el Acuerdo de Transacción que se haya incorporado a un laudo ya no se podrá ejecutar como un Acuerdo de Transacción Internacional Producto de la Mediación bajo la CS/2019³³. Esto parece excluir los laudos por consentimiento de los beneficios de CS/2019, pero les otorga el campo más amplio de derecho de ejecución bajo la Convención de Nueva York 1958.

4.05 En la doctrina comparada, sin embargo, existen dudas de que un laudo arbitral producto de una conversión o transformación de un Acuerdo de Transacción (conversión de Acuerdo de Transacción a un laudo), tiene como resultado la producción de un laudo arbitral. Si las partes no tienen una disputa porque la misma ya fue resuelta mediante la mediación, no pueden comenzar un arbitraje, simplemente porque no hay *litis*³⁴. Si no existe una *litis* no puede hablarse de un proceso arbitral.

Esta conclusión en la doctrina internacional presenta un problema para los centros que han adoptado el *consent award* como la fórmula para darle a sus Acuerdos de Transacción fuerza ejecutiva. Si las partes han consentido en la conversión del Acuerdo de Transacción en laudo y resulta que no se acepta como tal ¿pueden usar el Acuerdo de Transacción, ya convertido en un laudo, como un Acuerdo de Transacción bajo CS/2019? De acuerdo con la CS/2019, la misma “no se aplica a los Acuerdos de Transacción que han sido incorporados en un laudo y sean ejecutables como tal (CS/2019 artículo 1.2 (b)). Una respuesta al problema es afirmar que la norma del CS/2019 no se aplica a los laudos por consentimiento ya que los mismos no se pueden ejecutar como laudos. Por lo tanto, siguen siendo Acuerdos de Transacción producto de la mediación y califican bajo la CS/2019.

La CS/2019 es nueva y aún no ha sido ratificada por muchos Estados. Con el tiempo se irán desarrollando principios que aclaren este puente entre el arbitraje y la mediación. Un consejo práctico para las mediaciones en Venezuela que tienen lugar en el CACC y en el CEDCA es determinar, en el momento en que se celebre el Acuerdo de Transacción, si las partes prevén que en el futuro pudiera ser necesario obtener una ejecución del Acuerdo en una jurisdicción internacional y si el país en el cual se trataría de ejecutar el Acuerdo ha ratificado la Convención de Singapur.

E. La ejecución directa en la Convención de Singapur

5.01 La Convención de Singapur 2019 crea un mecanismo que permite la ejecución directa de un Acuerdo de Transacción transfronterizo (internacional)

³³ La misma norma se encuentra en la Ley Modelo UNCITRAL 2018 Artículo 16.3 (b).

³⁴ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2da edición (2014), p/3023, tomada de N. Alexander y S. Chong, *ob. cit.*, p.43.

sin necesidad de acudir a otros procedimientos³⁵. La alternativa antes de la Ley Modelo UNCITRAL y de la CS/2019, era un proceso en dos pasos que algunos denominaban un doble exequátur, aun cuando en realidad era un proceso en dos pasos. En primer lugar, se formalizaba el Acuerdo en el país de celebración del Acuerdo y luego se formaliza en el país de ejecución. Las dos prácticas más usuales eran buscar si podrían homologar el Acuerdo ante un tribunal y luego pedir la ejecución. Con el laudo arbitral en mano, entonces se pedía la ejecución del Acuerdo bajo los términos de la Convención de Nueva York de 1958 (CNY//58) (ver ante 4.05).

La práctica de la homologación no es muy útil, ya que si un Acuerdo de Transacción es homologado por un tribunal ya no califica para la aplicación de la Convención de Singapur (CS 2019, Art 1.3 (a) (i)). Más aún, para ejecutar un Acuerdo homologado por un tribunal en un país extranjero, el Acuerdo homologado tendría que pasar por un procedimiento de exequatur en el lugar de ejecución³⁶, como toda sentencia extranjera. Con la Convención de Singapur es más fácil proceder en forma directa a la ejecución del Acuerdo en lugar de pasar por un tribunal. El Acuerdo de Transacción también puede ser materia de un procedimiento judicial o de un procedimiento arbitral que luego se lleva al país donde se quiere ejecutar. Estos procedimientos toman tiempo y son costosos, y no son una forma de ejecución directa. No hay duda que la ejecución directa prevista en la Convención de Singapur evita estas demoras y a medida que aumenten los países que la ratifiquen se dará un nuevo valor práctico a la mediación que antes no tenía.

5.02 La ejecución directa significa que el Acuerdo de Transacción se puede ejecutar bajo los términos de la Convención de Singapur sin necesidad de cumplir ninguna formalidad en el país donde se celebra el Acuerdo de Transacción. No se requiere que el Acuerdo esté notariado y mucho menos que el Acuerdo esté homologado (sobre los Acuerdos homologados, ver post sección 5.07). La Convención de Singapur da a los Acuerdos de Transacción resultados de una mediación internacional la misma fuerza ejecutiva de un laudo arbitral³⁷. Bajo la Convención de Singapur de 2019, el Acuerdo de Transacción adquiere eficacia jurídica en el momento en que el mismo se haya celebrado por escrito por las partes y esté firmado por éstas, así como ratificado por el Mediador (CS/219,

³⁵ Joachim (Jo) Delaney, “Singapore Mediation Convention”, *Baker McKenzie*. Disponible en: www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2019/08. La ejecución directa también está regulada en la Ley Modelo UNCITRAL 2018.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ Silvia Barona Vilar, *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en España*, Valencia, 2013, p. 455. El comentario de la profesora Barona se refiere a la fuerza del Acuerdo de Transacción bajo los términos de la Ley Modelo UNCITRAL 2002, en la cual se adopta igualmente el concepto de ejecución directa del Acuerdo de Transacción.

Artículos 1.1 y 4.1 A y B). No se necesita ningún paso para que el mismo pueda ser ejecutado por un país signatario de la Convención; la ejecución de la transacción es directa y automática, no tiene que cumplir con ninguna formalidad adicional aplicable en el lugar donde se celebró y de acuerdo con la ley aplicable al propio Acuerdo³⁸.

5.03 El Acuerdo de Transacción, como vimos (ante sección 2.01), es automático, excepto si las partes convienen en el propio texto de la transacción que la misma no es aplicable de inmediato. Esto es lo que se denomina en la doctrina comparada un “*opt-out*” (optar fuera de la Convención) (CS/219, Artículo 5D)³⁹.

5.04 La Ley Modelo UNCITRAL 2018, así como UNCITRAL 2002, reconocen el principio de ejecución directa del Acuerdo de Transacción. Bajo UNCITRAL 2018 los Acuerdos de Transacción se ejecutan conforme a las normas del Estado donde se pide la ejecución (UNCITRAL 2018, Artículo 17.1). Para ello, sólo hay que presentar a la autoridad competente del Estado donde se está pidiendo la ejecución, copia del Acuerdo de Transacción firmado por las partes y por el Mediador, así como un documento del Mediador en el que indique que se realizó la mediación (UNCITRAL 2018, Artículo 18.1). No es necesario que el Acuerdo de Transacción esté homologado, legalizado, apostillado, notariado, ni tiene que cumplir ningunas formalidades en el lugar donde se firmó, por lo cual el acuerdo se puede ejecutar en forma directa.

5.05 Si un Acuerdo de Transacción es homologado por un tribunal, ya no califica para la aplicación de la Convención de Singapur (CS/2019, Art. 13 (a)). Más aún, para ejecutar un Acuerdo homologado por un tribunal en un país extranjero, el Acuerdo homologado tendría que pasar por un procedimiento de exequatur en el lugar de ejecución⁴⁰, como toda sentencia extranjera. Con la Convención de Singapur es más fácil proceder en forma directa a la ejecución del

³⁸ La ley aplicable al Acuerdo de Transacción será la ley que las partes hayan escogido y que se refleje en el texto propio del Acuerdo de Transacción. De hecho, no es necesario que las partes expresamente sometan el Acuerdo a ninguna ley, ya que en materia de mediaciones internacionales estos Acuerdos son frecuentemente anacionales.

³⁹ El *opt-out* debe estar reflejado dentro del texto del Acuerdo de Transacción. Una forma de *opt-out* es si el Acuerdo se somete a una jurisdicción particular para su ejecución, cosa que en la práctica no se presenta con frecuencia. El sometimiento de un Acuerdo de Transacción a una jurisdicción determinada para los efectos de su ejecución se produce si las partes dentro del texto del Acuerdo de Transacción establecen que el mismo sólo se podrá ejecutar en el país tal. La práctica de limitar el Acuerdo de Transacción o cualquier otro acuerdo a una ejecución exclusivamente en una jurisdicción determinada no es usual y, por supuesto, poco recomendable en las mediaciones internacionales.

⁴⁰ Joachim Delaney, *ob. cit.*

Acuerdo en lugar de pasar por un tribunal. El Acuerdo de Transacción también puede ser materia de un procedimiento judicial o de un procedimiento arbitral que luego se lleva al país donde se quiere ejecutar. Estos procedimientos toman tiempo y son costosos. No hay duda que la ejecución directa prevista en la Convención de Singapur evita estas demoras.

5.06 En los países que adopten la Convención de Singapur, ésta será aplicable a todo Acuerdo de Transacción (acuerdo de mediación) adoptado para resolver una controversia comercial internacional (CS/2019 Art. 1.1), independientemente del lugar donde haya tenido lugar el procedimiento de mediación, del lugar donde se haya firmado el Acuerdo de Transacción e independientemente de la nacionalidad de las partes en el proceso, siempre que el Acuerdo se considere internacional de conformidad con las reglas de la propia Convención (ver ante sección 4.01). El fin de la Convención es permitir que en un país que haya ratificado la Convención se pueda obtener la ejecución forzosa de un Acuerdo de Transacción celebrado en otro país aun cuando este último no hubiere ratificado la Convención.

Denegación de medidas para ejecutar el Acuerdo de Transacción

5.07 Si bien la ejecución de un Acuerdo de Transacción es directa, la autoridad donde se ha pedido la ejecución podrá denegar el otorgamiento de las medidas (de ejecución del Acuerdo) a solicitud de la parte contra la cual se está pidiendo si se prueba que la parte contra la cual se solicita tenía una incapacidad, el Acuerdo es nulo o ineficaz, no es vinculante, fue modificado posteriormente o si las obligaciones ya se han cumplido o no son claras (CS/2019, Artículo 5.1). Este poder para denegar el otorgamiento de las medidas para la ejecución directa del Acuerdo contenido en la Convención de Singapur, es discrecional de la autoridad competente donde se está pidiendo la ejecución. Por lo cual, el tribunal donde se está pidiendo la ejecución puede decidir aprobar la ejecución aun cuando se haya alegado y probado un motivo para la denegación de la solicitud⁴¹. La discrecionalidad del tribunal es clara en el lenguaje empleado por la Convención, la cual establece que “la autoridad competente podrá negarse a otorgar la medida” (CS/2019 Artículo 5.1), pero no está obligada a negarse aun cuando se haya alegado y probado una de las causales para la denegación. La misma redacción se encuentra en la Ley Modelo UNCITRAL/2018 (UNCITRAL/2018 artículo 19.1).

5.08 La Convención de Singapur no tiene una norma relativa a los efectos de la denegación de una ejecución del Acuerdo de Transacción. Evidentemente, en el país donde se ha pedido la ejecución, si la ejecución es denegada, esto afecta la capacidad de ejecución en ese país. Pero la parte afectada por esta decisión puede tratar de ejecutar el Acuerdo de Transacción en otra jurisdicción que

⁴¹ Timothy Schnabel, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 19, 2019, p. 42.

igualmente haya ratificado la CS/2019, ya que el tribunal en la segunda jurisdicción tiene, como indicamos (ante sección 5.09), la discreción para denegar o no denegar la ejecución.

Esta interpretación de la CS/2019 es igual a la que aplica la doctrina para el caso de ejecución de laudos arbitrales nulos bajo la Convención de Nueva York (CNY/58). De acuerdo a la Convención de Nueva York, la autoridad competente podrá denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia (laudo) dictada en otro Estado si la parte contra quien se invoca demuestra que el laudo ha sido anulado o suspendido por el tribunal competente del Estado sede del tribunal (CNY/58 artículo 1.1 (e)). La doctrina interpreta que el término “podrá” otorga discrecionalidad al Juez ante el cual se solicitó la ejecución⁴². Por lo cual, el laudo, a pesar de haberse declarado su nulidad en la jurisdicción donde se dictó, aún se puede ejecutar en la nueva jurisdicción donde se ha pedido su ejecución. Esta discrecionalidad también existe en la norma sobre nulidad del Convenio de Transacción en la CS/2019 (ver comentario sección 5.09).

5.09 El artículo 5 de la CS/2019 establece ocho razones o fundamentos que permiten que la autoridad competente pueda denegar la ejecución del Acuerdo de Transacción. De éstas, dos se refieren a la conducta del Mediador durante el proceso de mediación, una a la capacidad de una de las partes al celebrar el Acuerdo y las restantes se refieren al contenido del propio Acuerdo de Transacción (CS/2019 artículo 5). Los fundamentos para denegar la solicitud en CS/2019 están tomados de la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (artículo 19). Entre las razones para la denegación están:

5.10 i) Una de las partes en el Acuerdo tenía algún tipo de incapacidad (CS/2019 Artículo 5.1 (a))⁴³ en el momento en que se celebró la transacción. En la doctrina comparada se da como ejemplo de esta incapacidad el hecho que una de las partes era menor de edad o estaba intoxicada⁴⁴ en el momento que celebraron el Acuerdo de Transacción. Este ejemplo es una referencia a una persona natural, pero en la práctica la mayoría de las transacciones internacionales comerciales serán acuerdos entre personas jurídicas, por lo cual la incapacidad será una referencia a una persona jurídica. Los ejemplos más típicos serían sociedades que en el momento de celebrar el Acuerdo de Transacción estaban en estado de atraso o en un proceso de liquidación.

El otro problema que presenta la incapacidad es la determinación de cuál ley será aplicable para determinar la misma. Ni la CS/2019 ni la Ley Modelo UNCITRAL 2018 tienen una referencia a cuál es la ley aplicable para determinar

⁴² A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ta Edición, Oxford, 2015, p.623, sección 11-59. Ver igualmente, 7ma edición, Oxford, 2022, p. 573, sección 11-58.

⁴³ UNCITRAL /2018 artículo 19.1(a).

⁴⁴ T. Schnabel, ídem p.43.

la incapacidad. Se puede usar el denominado “principio de la validación”, por el cual se supone que las partes que participan en el comercio internacional deben haber deseado, en materia de resolución de disputas, aplicar la norma que permita que su acuerdo se pueda cumplir de la mejor manera⁴⁵. El principio de validación es interesante, pero cuando nos referimos a la capacidad de personas jurídicas puede ser que no sea el apropiado.

5.11 ii) El Acuerdo de Transacción es nulo o ineficaz o no se puede cumplir de acuerdo con la ley aplicable al Acuerdo (CS/2019 artículo 5.1(b) (i). Recordamos que el Acuerdo de Transacción es un contrato entre las partes. El Mediador no es parte del Acuerdo, aun cuando lo haya firmado. La referencia a la nulidad o ineficacia es una referencia al propio Convenio de Transacción de acuerdo a los principios sobre nulidad del contrato en el país de la ley aplicable al Convenio de Transacción. La nulidad es una referencia al Convenio de Transacción no al convenio de mediación. La ley aplicable es la ley escogida por las partes en el momento de celebrar el Convenio o si no se hubiere sometido el Convenio a una ley, se aplicará la ley que se considere aplicable por la autoridad competente en el país donde se está pidiendo la ejecución del Convenio.

La nulidad a la cual se refiere la CS/2019 es tanto la nulidad relativa como la nulidad absoluta evaluadas de acuerdo con la ley de Convenio de Transacción. Ineficacia y nulidad es la irregularidad o insuficiencia de un acto que impide que el negocio o el acto produzca sus efectos⁴⁶. La doctrina de derecho civil tiene una referencia a los actos absolutamente inexistentes como el negocio jurídico que nunca se celebró⁴⁷. Las causales de nulidad relativa que se incluyen en el derecho comparado son el error, el dolo y la violencia (intimidación), que deben evaluarse de acuerdo con la ley aplicable.

5.12 Establece la CS/2019 como un fundamento para negar las medidas de ejecución, el supuesto del Mediador que no reveló circunstancias relativas a su imparcialidad, las cuales, de haberlas revelado, no se habría concertado el Acuerdo de Transacción (CS/2019 Artículo 5.1). Esto se refiere a un error sobre la imparcialidad del Mediador, o sea, que proviene de la conducta del Mediador. La CS/2019 requiere que el error sea relevante, es decir, que el error ejerció una influencia o repercutió de manera sustancial en una de las partes, la cual no habría

⁴⁵ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2da edición, 2014, p. 3490, citado en N. Alexander y S. Chong, *ob. cit.*, p. 89.

⁴⁶ Luis Diez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 6ta edición, Navarra 2010, p. 855; cita tomada de nuestro trabajo *La Transferencia del Contrato (UNIDROIT, Art 9)*, p.855.

⁴⁷ La referencia a la inexistencia, cuando se habla de la ejecución del Convenio de Transacción, no tiene mucho sentido, ya que para solicitar la ejecución del Convenio éste tiene que existir. En efecto, para hacer valer un Acuerdo de Transacción, entre otras, la parte que desee hacer valer el mismo deberá presentar el Acuerdo de Transacción firmado por las partes (CS/2019 artículo 4.1 (a)).

concertado el Acuerdo de Transacción si el Mediador las hubiere revelado (CS/2019 artículo 5.1 (d)). La Ley Modelo UNCITRAL/2018 tiene una norma idéntica (UNCITRAL/2018, artículo 19(f)). Este supuesto no está sujeto a la ley del Convenio de Transacción.

5.13 iii) El Acuerdo no es vinculante, o no es definitivo, según lo estipulado en el propio Acuerdo, si el otorgamiento de la medida sería contrario a los términos del Acuerdo (CS/2019 artículo 51(b)(ii)), UNCITRAL/2018 artículo 19.1 (b)(ii) y (d). Según señala la doctrina norteamericana, estas dos causales son iguales. Si el Acuerdo no es vinculante, según lo estipulado en el propio Acuerdo, el otorgamiento de la medida, por definición, estaría en contra de los términos del Acuerdo⁴⁸. La determinación del carácter vinculante del Acuerdo debe hacerse de acuerdo con los términos del Acuerdo, lo cual significa que está limitado a lo estipulado en el Acuerdo de Transacción. No puede la autoridad competente en el país donde se pide la ejecución del Acuerdo salirse de las cuatro esquinas del Acuerdo⁴⁹.

La presunción sobre la cual trabaja la CS/2019 es que las partes, cuando celebran el Acuerdo de Transacción, tienen la intención de estar vinculadas⁵⁰. Un ejemplo tomado de la jurisprudencia australiana es un Acuerdo de Transacción que omite incluir términos que son esenciales para cumplir el propio Acuerdo.⁵¹

5.14 iv) El Acuerdo fue modificado. Esta disposición confirma el principio por el cual lo que se puede ejecutar es el Acuerdo definitivo de las partes. Aclara la doctrina americana, si el Acuerdo que se presenta es el Acuerdo definitivo, el hecho que sobre un Acuerdo original se han hecho modificaciones, no afecta la posibilidad de pedir la ejecución siempre que el Acuerdo que se presenta es el Acuerdo definitivo⁵².

5.15 v) Las obligaciones estipuladas se han cumplido. Este fundamento para la denegación del Acuerdo parece obvio. Si ya el Acuerdo se ha cumplido, no se puede repetir el cumplimiento, por lo cual es una causal para la denegación que no era necesaria⁵³. Sin embargo, el problema del cumplimiento exacto de las obligaciones asumidas en el Convenio de Transacción puede surgir. Si esto sucede, habría que acudir al derecho aplicable a la transacción para determinar si éste requiere un cumplimiento exacto de las obligaciones o basta un

⁴⁸ T. Schnabel, *ob. cit.*, p. 46.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ N. Alexander y S. Chong, *ob. cit.*, p. 98.

⁵¹ Corte Suprema del Australia del Oeste (Western Australia), sentencia en el caso Ward v. Keen (n 2) del 2009, cita tomada *ibid.*, p. 100.

⁵² T. Schnabel, *ob. cit.*, p. 47.

⁵³ Ídem.

cumplimiento substancialmente igual⁵⁴. Se pueden elaborar ejemplos, tanto en el caso de obligaciones pecuniarias nacidas del Acuerdo y especialmente obligaciones de hacer o de dar asumidas por las partes. Por ejemplo, si una parte se compromete a pagar a la otra parte U.S. \$ 100.000 y procede a entregar 100.000 euros.

5.16 vi) Las obligaciones no son claras o comprensibles. Esta causal ya la discutimos al referirnos al contenido del Acta de Mediación (ver ante sección 2.02). Sin duda, al igual que el dispositivo en un laudo arbitral, el acta de transacción debe ser clara en cuanto a su contenido. La autoridad competente del país donde se pide la ejecución debe, preferiblemente de la lectura del Acuerdo de Transacción, poder ordenar la ejecución del mismo.

5.17 vii) El otorgamiento de las medidas sería contrario al orden público del lugar donde se está pidiendo la ejecución (CS/2019 artículo 5.2 (a)). La defensa de orden público en la práctica representa problemas por las diferencias de lo que es orden público en el Estado donde se pide la ejecución y el Estado donde se celebró el Acuerdo de Transacción.

5.18 viii) El objeto de la controversia no es susceptible de resolverse por la vía de la mediación en el lugar donde se está solicitando la ejecución (CS/2019 artículo 5.2 (b)). Esta causal también presenta el problema de la ley que se debe usar para determinar si el objeto se puede resolver por mediación. Bajo CS/2019 la referencia es la ley de la Parte (el Estado) donde se está pidiendo la medida.

Julio-agosto 2022.

⁵⁴ Ver comentario de N. Alexander y S. Chong, *ob. cit.*, pp. 102 -103.

DERECHO CONSTITUCIONAL

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

*Jesús María Casal**

SUMARIO

I. Introducción. II. La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia: 1. El establecimiento de Tribunales Constitucionales en la segunda postguerra europea y su estela; 2. Los Tribunales Constitucionales y la transición a la democracia; A. Los Tribunales Constitucionales y las etapas de la transición; B. La judicatura ordinaria y los Tribunales Constitucionales. 3. Los Tribunales Constitucionales en contextos autoritarios o de ruptura política y los escenarios de fracaso, retracción o captura de la jurisdicción constitucional; A. Tribunales constitucionales y sistemas autoritarios; B. Tribunales constitucionales y situaciones de ruptura política. III. ¿Qué hacer con la jurisdicción constitucional en Venezuela? 1. El diseño institucional de la jurisdicción constitucional; 2. Pautas fundamentales para la reconstrucción de la jurisdicción constitucional. A. Una jurisdicción constitucional para la libertad; B. Una jurisdicción constitucional sometida al Estado de Derecho; C. Una jurisdicción constitucional respetuosa de la separación de poderes y de la democracia; D. Vitalización de la vertiente difusa de nuestro sistema de justicia constitucional; E. La jurisdicción constitucional y su contexto institucional. IV. Claves de la jurisdicción constitucional de la democratización. 1. Desmontar criterios procesales y sustantivos inconstitucionales y desplegar nuevos postulados interpretativos; 2. Algunas estrategias y herramientas útiles para la democratización.

I. Introducción

Durante más de dos décadas hemos padecido en Venezuela un proceso de desmantelamiento de la institucionalidad democrática que ha sido llevado a cabo con herramientas diversas. Entre los rasgos destacables del mismo sobresale el personalismo político y mesianismo de Hugo Chávez y, entre los medios

* Abogado egresado *summa cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello; especialista en Derecho Administrativo con mención honorífica, Universidad Central de Venezuela; Doctor en Derecho con mención honorífica, Universidad Complutense de Madrid (España); Post doctorado, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Alemania). Profesor de pregrado y posgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

empleados para apuntalarlo, la utilización de la noción de poder constituyente originario y de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 para acometer una rápida ocupación política de la institucionalidad; la instrumentalización del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), del Poder Judicial en su conjunto, del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República para convertirlos en mecanismos de persecución política, esto es, para sacar de la arena político-electoral a las principales figuras del liderazgo opositor y crear condiciones de intimidación, estigmatización y criminalización contra cualquier crítico del régimen; la ideologización y degradación partidista de la Fuerza Armada Nacional, junto a la militarización de amplios espacios institucionales; el fomento y aprovechamiento de la polarización política y el populismo autoritario (antipluralismo moral) que desprecia el pensamiento que se aparte de la verdad oficial; la vulneración sistemática de la libertad de expresión; la creación de cauces cerrados y clientelares de sometimiento partidista a nivel de las comunidades y el socavamiento de los ámbitos constitucionales de autonomía estatal y municipal; la imposición de un modelo socioeconómico colectivista o estatista y de planificación centralizada y la negación de la libertad económica y de la iniciativa privada; el ventajismo electoral, el fraude y demás prácticas abusivas dirigidas a impedir o dificultar la participación libre del electorado opositor en los comicios nacionales, regionales o locales; la violación de principios fundamentales sobre el carácter alternativo del gobierno y de los límites constitucionales a la reelección presidencial, y el abierto desconocimiento de la voluntad y de la soberanía popular, cuando la mayoría de los electores dejó de seguir al cabecilla designado de la llamada revolución y a la correspondiente propuesta política, señaladamente desde diciembre de 2015, con episodios como el cerco gubernativo-judicial contra la Asamblea Nacional entonces electa, la usurpación del poder constituyente del pueblo y el desnudo activismo contra el electorado opositor del Consejo Nacional Electoral. Todo esto ha conducido a la implantación de un régimen francamente autoritario.

Una pieza clave de este desmantelamiento de la democracia y el Estado de Derecho ha sido la Sala Constitucional del TSJ. Todos los medios de socavamiento de la democracia antes mencionados, y otros de similar naturaleza, han sido respaldados y potenciados por las decisiones, las maniobras procesales y la denegación de justicia provenientes de dicha Sala. La devastación institucional del país no puede entenderse sin incluir en el análisis el desempeño de esta Sala. Como he sostenido en varios trabajos, esta ha sido no solo un órgano dócil que ha dejado pasar actos arbitrarios de las instancias políticas, contrarios a la Constitución y por lo general también a los derechos humanos, sino que ha adquirido un cierto vuelo propio en el afán por desmontar la democracia liberal y, por tanto, los controles jurídicos sobre los gobernantes. Ello porque ha mostrado

especial creatividad e iniciativa en la apertura de caminos pretendidamente legales para consolidar la hegemonía autoritaria¹.

Tras estos graves desafueros, poco queda del espíritu animoso que secundó la creación de esta Sala, la cual estuvo antecedida de propuestas procedentes de sectores diversos del mundo forense y académico. Prevalece con razón una enorme desconfianza ante ella, hasta el punto que de un tiempo para acá se estima preferible afrontar por otras vías los actos inconstitucionales del poder público, en lugar de acudir a la Sala Constitucional, dadas las probabilidades de que ello conduzca a una violación aún más grave de las normas o derechos comprometidos. Con miras al presente inmediato y al futuro, han surgido, por un lado, interrogantes sobre la conveniencia de mantener una Sala Constitucional dentro del diseño constitucional², y se ha planteado la pertinencia de una discusión sobre los riesgos de sistemas de control de la constitucionalidad apoyados en tribunales o cortes constitucionales³ o se han puesto en duda las bondades de un tribunal o corte constitucional en procesos de transición a la democracia. Por otro lado, se ha estimado plausible la creación de una Corte Constitucional externa al Poder Judicial, como órgano autónomo e independiente, bajo ciertas condiciones⁴.

Al respecto, en este trabajo se pretende examinar con algún detenimiento el papel que puede jugar la jurisdicción constitucional en el contexto de una transición a la democracia, tema que ya he tenido oportunidad de abordar en sus grandes líneas⁵ pero que demanda un tratamiento específico en algunos aspectos. Se quiere analizar dicho rol con base en experiencias fundamentales y estudios del Derecho Comparado sobre esta materia. Son muchos los casos en que tal jurisdicción ha contribuido significativamente a avanzar en procesos de transición

¹ Allan Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007; Jesús María Casal, “The Constitutional Chamber and the erosion of Democracy in Venezuela”, en *Heidelberg Journal of International Law*, 80, 2020, pp. 913 y ss.

² José Ignacio Hernández, “¿Se justifica preservar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia? Apuntes para una reforma de la justicia constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, 71, 2016-2017, pp. 119 y ss.

³ Daniela Urosa Maggi, “El rol de las cortes constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo”, en *Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios*, Caracas, 2021, pp. 39 y ss.

⁴ Rafael Badell Madrid, “El Tribunal Constitucional”, en Jesús María Casal y Cecilia Sosa Gómez (Coord.), *¿Qué hacer con la Justicia?*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, p. 21.

⁵ Jesús María Casal, “La jurisdicción constitucional y la institucionalidad democrática en Venezuela: balance y desafíos”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 44, 2021, pp. 55 y ss.

a la democracia y luego a la consolidación democrática. Es importante, no obstante, precisar en qué medida, con qué limitaciones y cautelas este aporte se ha dado y podría replicarse en otras coordenadas. Es necesario igualmente esclarecer si desenlaces como el de la Sala Constitucional venezolana o situaciones como las sufridas por otros ordenamientos en los que las cortes constitucionales favorecen una dominación autoritaria debe llevar a abandonar o relativizar la idea generalmente aceptada de que tales cortes son en principio instrumentos valiosos para la defensa de la Constitución, del Estado democrático de Derecho y de los derechos y libertades inherentes al ser humano, también en épocas de transición a la democracia.

II. La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia

1. El establecimiento de Tribunales Constitucionales en la segunda postguerra europea y su estela

Los Tribunales Constitucionales instaurados en algunos países europeos tras culminar la Segunda Guerra Mundial fundaron una nueva etapa y un nuevo modelo de jurisdicción constitucional, casi un nuevo tipo de sistema político, “la democracia de jurisdicción constitucional”⁶. Tenían como antecedentes a los Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y de Austria, creados en 1920. Por influencia de estos, sobre todo del último, se previó en la Constitución española de 1931 un Tribunal de Garantías Constitucionales⁷. Pero esta experiencia de los Tribunales Constitucionales de entreguerras fue fugaz, ambivalente e incompleta. Representó un primer ensayo de introducción de un control judicial de constitucionalidad de las leyes de cierto alcance en Europa continental, reacia hasta entonces a asumirlo, en virtud de los rasgos propios de muchos de sus sistemas jurídicos, signados por la desconfianza hacia los jueces, la primacía de la ley como fuente del Derecho y la estricta subordinación a ella que estos habrían de observar en la actividad jurisdiccional. Hans Kelsen halló la

⁶ Pedro Cruz Villalón, “Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Constitucional Excmo. Sr. Don Pedro Cruz Villalón con ocasión de la renovación parcial del Tribunal”, en *Memoria del Tribunal Constitucional*, 2001, p. 165. Así lo expresó Cruz Villalón: “Pero volviendo a lo que ahora importa: Mis predecesores, y a la cabeza de ellos Manuel García Pelayo, lo han dicho seguramente con otras palabras, pero la idea es la misma: La nuestra es una democracia de jurisdicción constitucional. Quiero significar con ello que nuestro modelo de jurisdicción constitucional ocupa una posición en el conjunto del sistema que contribuye de modo inmediato a definir nuestro tipo de democracia. En otras palabras: nuestra democracia -como en definitiva nuestro Estado de Derecho- viene marcada por la posición estratégica que, en la misma y por voluntad del constituyente, asume este Tribunal Constitucional”; *ibídem*, pp. 165-166.

⁷ Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.

fórmula para amalgamar la necesidad de garantizar la supremacía normativa de la Constitución con la de respetar ese papel tradicionalmente atribuido a la ley y a los jueces y la concepción dominante sobre la separación de poderes. El propio Kelsen contribuyó directamente a perfilar el Tribunal Constitucional austriaco, mediante su participación en la elaboración de las correspondientes bases normativas y su desempeño como integrante de este órgano.

Ese ensayo quedó inacabado o truncado principalmente por razones políticas ligadas a la penetración y ulterior ocupación nacionalsocialista, en los casos de Austria y Checoslovaquia, y a la inestabilidad política y a la guerra civil en España, en lo concerniente al Tribunal de Garantías Constitucionales. Dejó sin embargo precedentes que fueron tomados en cuenta al replantear el tema de la jurisdicción constitucional después de la Segunda Guerra Mundial. Importa observar que la jurisdicción constitucional de la segunda postguerra surgió con una impronta institucional distinta, específica.

El fundamento de esta diferencia radica en que el nacionalsocialismo, el fascismo y la conflagración mundial que desencadenaron o secundaron dejaron una honda huella en la humanidad y también en las sociedades que generaron y sufrieron tales regímenes. La gravísima vulneración, a gran escala y con afán expansionista, de los principios más elementales de la dignidad del ser humano abrió una inmensa preocupación acerca de la necesidad de poner límites efectivos al poder político, cualquiera que fuere el órgano que lo ejerciera y la fuente jurídica que hubiera sido empleada. El pensamiento heredado sobre la soberanía del parlamento y de la ley y sobre la ley como protectora natural de los derechos había sido dinamitado tal como había sucedido con los territorios devastados. De allí que en Italia y en Alemania se tomara la iniciativa de instaurar un Tribunal Constitucional, para lo cual se consideraron los antecedentes mencionados y, en el caso alemán, la sombría experiencia de la jurisdicción constitucional durante la República de Weimar. No obstante, en ambos ordenamientos la creación de estos tribunales respondía a un planteamiento en buena medida nuevo. Fue resultado de un acto de coraje acicateado por la tragedia totalitaria. Con acierto se ha dicho que la “introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución sino de una revolución”⁸.

Había también una valoración distinta en aspectos conceptuales y funcionales de la jurisdicción constitucional. A diferencia del Tribunal Constitucional austriaco dicha jurisdicción ya no estaría tan anclada a la idea kelseniana del Tribunal Constitucional como órgano solo formalmente jurisdiccional, que sería

⁸ Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1997, p. 475.

funcionalmente legislativo, aunque en sentido negativo (legislador negativo)⁹. Por el contrario, se acentuaría cada vez más su carácter materialmente jurisdiccional. Para algunos esto reflejaba la influencia de la *judicial review*. Como ha destacado García de Enterría: “No se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución”¹⁰. Sea o no este el peso que ha de conferirse al sistema estadounidense en el perfilamiento de los tribunales constitucionales de la segunda postguerra, lo cierto es que se gestó una visión jurisdiccional sobre su naturaleza y funciones, que los hechos ulteriores han confirmado.

Bajo estas coordenadas son colocados en alta mar los nuevos tribunales constitucionales, contruidos principalmente con el trasfondo del temor al ejercicio arbitrario del poder político y con el principal mandato de resguardar los derechos inherentes al ser humano de los excesos estatales y de garantizar el respeto a la Constitución. El funcionamiento de estos órganos ha merecido un balance altamente positivo y de ahí que sirvieran de modelo para posteriores procesos de transición a la democracia. Como ha explicado Biagi, en Europa ese modelaje se puso de manifiesto, durante la denominada segunda generación de tribunales constitucionales europeos, en la adopción de este órgano jurisdiccional en España, tras la superación de la dictadura franquista y, luego de la caída de la Unión Soviética, formando una tercera generación, en varios Estados de Europa Central y del Este europeo que habían pertenecido al bloque soviético o estuvieron

⁹ “No sucede así con la segunda objeción que se deriva del principio de separación de poderes. Cierto que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al dominio del legislativo, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación aparece si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aún reciba -por la independencia de sus miembros- la organización de tribunal. Por más que pueda distinguirse, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales.

Ahora bien, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”; Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, p. 275.

¹⁰ García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981, pp. 45-46.

bajo su hegemonía y resolvieron instaurar tribunales constitucionales¹¹. El éxito o marcha triunfal de aquellos tribunales impactó también en América Latina y otros continentes, de lo cual son muestra la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, entre otras de una primera oleada latinoamericana, y la Corte Constitucional sudafricana. Estas consideraciones introductorias permiten aludir especialmente al papel que tales tribunales pueden jugar en la transición a la democracia.

2. Los Tribunales Constitucionales y la transición a la democracia

Los Tribunales Constitucional de Italia, Alemania y España desempeñaron una función primordial en la transición a la democracia vivida por esos países en las circunstancias antes comentadas. Estas experiencias son de especial utilidad en el examen del rol que los tribunales constitucionales o la jurisdicción constitucional bajo otra expresión organizativa pueden jugar en procesos de restauración o establecimiento democrático. Siempre hay que prestar atención a los contextos y hay que evitar extrapolaciones acríicas, pero aspectos fundamentales de la instauración y actuación de estos tribunales son relevantes en cualquier reflexión sobre el presente y futuro de la jurisdicción constitucional en Venezuela.

Se ha aseverado que:

“Lo que tiene lugar después de 1945, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, es una general recepción dentro y fuera de Europa de ideas e instituciones distintivas de la cultura constitucional americana, entre ellas, y destacadamente, la institución del control de constitucionalidad”¹².

No es que hasta entonces esa institución no hubiera tenido desarrollo en Europa y otras regiones del mundo, sino que, en la experiencia europea decimonónica, se había evitado la introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes y los ensayos del primer tercio del siglo XX fueron abortados por los hechos, sin entrar en otras consideraciones técnicas. De allí que se afirmara que: “Las perspectivas de futuro de esta institución eran a finales de la década de 1930 más bien sombrías”¹³. Pero en la segunda postguerra el control de constitucionalidad fue asumido frontalmente de la mano de los tribunales constitucionales.

La observación que a veces se formula en el sentido de que la creación de tribunales constitucionales no sería recomendable en democracias jóvenes, débiles o no consolidadas, que en sí misma merece reservas, resulta refutada por la propia ruta fundacional de la Europa posterior a 1945, porque en ninguno de los casos mencionados se había alcanzado propiamente una consolidación

¹¹ Francesco Biagi, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge University Press, Nueva York, 2020. pp. 33 y ss.

¹² Marian Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson/Civitas, Navarra, 2005, p. 26.

¹³ *Ibidem*, p. 18.

democrática y la propia situación de transición llevaba consigo un alto grado de incertidumbre. Algunos caminos democráticos incipientes o en formación se habían visto interrumpidos y no estaba asegurada la democratización. Hoy sería fácil afirmar retrospectivamente que estaban sentadas bases sólidas para la recuperación democrática, pero en realidad había fuerzas que apuntaban en otra dirección y las cosas pudieron haber sido diferentes a como ocurrieron. Tal como ha sido subrayado en relación con Italia y la puesta en funcionamiento de su Tribunal Constitucional en 1956: “el país experimentó una transición desde una democracia incierta (este era el caso en Italia en 1956) a una democracia madura”¹⁴. Más allá de este contexto nacional, se ha puesto de relieve igualmente el alto grado de incertidumbre que rodea los procesos de transición a la democracia y el importante papel entonces jugado por esos tribunales. Esta incertidumbre institucional era predicable asimismo de Alemania y España en sus respectivas circunstancias.

En la Alemania ocupada por potencias aliadas el constitucionalismo democrático se levantaba sobre una modesta Ley Fundamental, que desoyendo el requerimiento de aquellas no quiso llamarse Constitución y que fue aprobada por tímidos o indirectos mecanismos democráticos¹⁵. La debilidad mayor en este y los otros dos países mencionados era la carga del pasado. La legislación fascista subsistente en Italia representaba, por ejemplo, una peligrosa prolongación del pasado autoritario. Asimismo, este pervivió en buena parte del Poder Judicial. También en la mentalidad de muchos jueces y otros operadores jurídicos.

Se ha subrayado que en España, antes y después de la entrada en vigor de la Constitución, varios factores apuntalaban la impresión de que existía una “democracia frágil”: “la profunda recesión, la cuestión regional, la violencia terrorista y la continuación del integrismo franquista”¹⁶. La reflexión de García de Enterría sobre las esperanzas cifradas en el Tribunal Constitucional hacía patente el escenario abierto sobre el futuro:

“Desde esa perspectiva, podemos afirmar sin reserva que el establecimiento de dicho sistema en la Constitución de 1978 se presenta con una especialísima oportunidad...No es baladí esta posibilidad ni escasa la responsabilidad que el Tribunal va a asumir ante nuestro pueblo. En una parte fundamental, la suerte de nuestra Constitución y la posibilidad del arraigo definitivo de la democracia y de la libertad en nuestro suelo van a estar en sus manos”¹⁷.

¹⁴ Biagi, *ob. cit.*, p. 4.

¹⁵ Véase Jesús María Casal, “Los escenarios de fundación constitucional y la génesis de la Ley Fundamental de 1949”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2019, pp. 829 y ss.

¹⁶ Biagi, *ob. cit.*, p. 101.

¹⁷ García de Enterría, *ob. cit.*, p. 105.

La incertidumbre de la ruta hacia la democratización ha estado presente en otros sistemas en que los tribunales constitucionales han proporcionado un aporte relevante en el proceso, como sucedió en Sudáfrica, la República Checa y en parte en México, Guatemala y El Salvador, y como está ocurriendo en Ecuador. En realidad, como ha señalado Rubio Llorente, los tribunales constitucionales hicieron eclosión en contextos de cierta fragilidad institucional. Esta versión europea de la jurisdicción constitucional:

“es una institución propia de las nuevas democracias. Existe en los Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza, y no, salvo de forma parcial y limitada, en aquellos otros cuya evolución constitucional ha proseguido sin más quiebras graves que las originados por la guerra”¹⁸.

El auge de la figura de los tribunales constitucionales en otros momentos de la evolución política europea y en otros continentes se relaciona con la impronta histórica de los primeros tribunales constitucionales de la segunda postguerra:

“los Tribunales Constitucionales, esta ha sido la experiencia en Europa, pueden desempeñar un papel fundamental en los procesos políticos de transición. De hecho, en la mayor parte de los casos, el prestigio y la importancia de la institución para el futuro se juega en sus primeros y decisivos años de funcionamiento que, habitualmente, son también los de asentamiento de un régimen constitucional”¹⁹.

Conviene abordar algunas facetas de la actuación de tribunales constitucionales en las circunstancias señaladas, así como la forma en que favorecieron los respectivos procesos de transición a la democracia.

A. Los Tribunales Constitucionales y las etapas de la transición

Se admite que la jurisdicción constitucional ha desempeñado a menudo funciones relevantes para la transición a la democracia. Como ha sostenido Vergottini, “La introducción de mecanismos de control de la constitucionalidad representa una de las etapas clave que caracterizan el cambio de un régimen en la transición desde una forma de gobierno autoritaria hacia una democrática”²⁰ y, en relación con tales contextos, ha aludido al “rol esencial jugado por las cortes constitucionales para la afirmación de los valores clásicos del constitucionalismo”²¹. Vergottini escribe en el marco de los casos analizados por Biagi en el trabajo precitado y estas aseveraciones han de leerse bajo ese prisma. Experiencias recientes demuestran que el reforzamiento de los mecanismos de la jurisdicción constitucional puede obedecer a una tendencia de signo contrario, pero esto no

¹⁸ Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *ob. cit.*, p. 544.

¹⁹ Marian Ahumada, *ob. cit.*, p. 42.

²⁰ Giuseppe de Vergottini, Prólogo, en Biagi, *ob. cit.*, p. XIII.

²¹ *Ibidem*, p. XVI.

resta solidez a las conclusiones referidas a la labor de tales tribunales en la Europa de la segunda postguerra y en otras transiciones a la democracia. Importa, no obstante, precisar cómo se inscribe la actuación de la jurisdicción constitucional en estos procesos.

Las transiciones a la democracia deben ser estudiadas justamente como procesos y la intervención de los tribunales constitucionales en aquellos ha de ser examinada bajo una perspectiva temporal. Las transiciones pueden desencadenarse por factores diversos y seguir distintas líneas de desarrollo, siendo frecuente la distinción entre las que obedecen a una *ruptura* y las que siguen el camino de la *reforma* o la vía combinada de la *ruptiforma*²². En cualquiera de estos escenarios el análisis no puede circunscribirse al momento de la caída o desplazamiento del gobierno autoritario o a los acontecimientos más significativos del movimiento reformista de un sistema a otro, sino que ha de prevalecer una visión de conjunto que distinga entre las fases que oscilan entre los hechos desencadenantes del declive de un régimen y la consolidación del nuevo sistema. El grado de la incidencia provechosa de la jurisdicción sobre los procesos de transición a la democracia puede variar según la fase que se esté evaluando. Luego se retomará esta idea al considerar un trabajo de Ginsburg sobre esta temática.

Ahora interesa aludir a la distinción que puede formularse desde la óptica de la transición constitucional. Para algunos autores la adopción de una nueva Constitución, representativa de la era democrática iniciada o restaurada, marcaría la culminación de la transición. Frente a ello, Biagi plantea la necesidad de diferenciar entre la transición formal y la transición sustancial. La primera comprendería justamente el establecimiento de una regulación constitucional cónsona con el sistema naciente, mientras que la segunda consiste en la implementación o aplicación de los principios propios de la democracia constitucional instaurada, que abre las puertas a la consolidación democrática. No se trata de fases forzosamente sucesivas, pues puede haber solapamiento o entrecruzamientos entre ellas. Para este autor, en un estudio que toma como referencia principal los casos de Italia, España y la República Checa, en esos países los tribunales constitucionales cumplieron su función más importante en lo que respecta al éxito de la transición sustancial, siendo un denominador común su aporte para la salvaguarda de la fuerza normativa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales²³.

Es útil la distinción entre la transición formal y la sustancial. Es preciso, sin embargo, apuntar que desde la perspectiva de las transiciones políticas la aprobación de una nueva Constitución es un aspecto contingente, pues son conocidas las situaciones de cambio político profundo sin reemplazo

²² José Alberto Olivar y Miguel Ángel Martínez Meucci (Coord.), *Transiciones políticas en América Latina. Desafíos y experiencias*, UNIMET, Caracas, 2020, pp. 34 y ss.

²³ Biagi, *ob. cit.*, pp. 12 y ss.

constitucional. Además, las fases de la transición en lo político pueden cabalgar sobre las de índole formal o sustancial en sentido constitucional, anticipándose a ellas o sucediéndolas. Así, a veces la adopción de un marco constitucional, basado en pactos entre élites o dirigentes y no en procedimientos constituyentes abiertos, es solo un primer paso del esfuerzo transicional, que demanda un segundo momento de generación constitucional, y el tribunal constitucional puede verse llamado a intentar compensar jurisprudencialmente ese déficit, no siempre con éxito²⁴. Asimismo, hay experiencias, como la de Sudáfrica, en las que el tribunal constitucional fue instaurado al comienzo de la fase de preparación del diseño constitucional definitivo (Constitución provisional de 1993), como garante de la observancia, en la regulación constitucional final (que sería la Constitución de 1996), de los acuerdos alcanzados y de los principios entonces establecidos²⁵. Aquí el papel más relevante de la jurisdicción constitucional fue ejercido en la fase de formación de la Constitución, no tanto en el periodo ulterior de implementación de los principios constitucionales.

Por tanto, al evaluar la contribución de la jurisdicción constitucional a un proceso de transición a la democracia ha de tenerse en cuenta la fase en que se ha producido su actuación. Como se verá, algunos datos empíricos ayudan a prever en qué fases su intervención puede ser más provechosa.

B. La judicatura ordinaria y los Tribunales Constitucionales

Merecen especial atención las relaciones que en algunos contextos se han creado entre el naciente tribunal constitucional y la judicatura ordinaria, en periodos de transición a la democracia. Uno de los grandes problemas que debieron encarar sistemas como el italiano, el alemán y el español fue el de la continuidad de un poder judicial formado en buena medida durante el régimen autoritario defenestrado o que, procedente en parte de una fase democrática anterior, supo adaptarse al cambio de poder y permaneció en ejercicio de sus funciones.

En Italia una de las dificultades de la fase inicial de la transición fue que el parlamento no emprendió prontamente la reforma o reemplazo de leyes y órganos provenientes del orden fascista. Con las primeras elecciones parlamentarias posteriores a la adopción de la Constitución, se produjo un “congelamiento de la Constitución”²⁶, un “bloqueo de la transición sustancial”, situación denunciada entre otros por Calamandrei²⁷. Esto implicó la pervivencia de instituciones y leyes implantadas en el ciclo fascista. A este bloqueo contribuyó la demora en la

²⁴ Véase Andrew Arato, “Post Sovereign Constitution-making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?”, en *South African Journal on Human Rights*, 26, 2010, pp. 19 y ss.

²⁵ Biagi, *ob. cit.*, pp. 29-30.

²⁶ *Ibidem*, pp. 46 y ss.

²⁷ *Ibidem*, pp. 45 y ss.

aprobación de la legislación sobre el Tribunal Constitucional y en la designación de sus primeros integrantes. La Constitución promulgada en 1948 estableció en sus disposiciones transitorias que hasta la instalación del Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad se ejercería en la forma y con los límites vigentes antes de la entrada en vigor de la Constitución. Esto supuso que rigió en ese lapso un sistema difuso de revisión de la constitucionalidad, entre 1948 y 1956, en el cual la Suprema Corte de Casación y las Cortes de Apelación tenían protagonismo. Los jueces de carrera de mayor edad, y mayor recorrido durante la fase autoritaria, propendieron a conservar estas normas, con argumentos como el del carácter programático de las disposiciones constitucionales invocadas como parámetro de control. Fue una fase caracterizada, según Cappelletti y Cohen, por “la fuerte resistencia de quienes difícilmente podían adaptarse a una nueva concepción de la ley y la justicia”²⁸. El desmontaje jurisprudencial de una parte importante de esa legislación se inició con la puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional en 1956, desde su sentencia inaugural.

A partir de allí comenzó a generarse una interacción colaborativa, en aras de la vivificación de la Constitución, entre los jueces de instancia o primer grado y el Tribunal Constitucional, ya que los primeros eran proclives a elevar cuestiones de inconstitucionalidad respecto de regulaciones originadas en el régimen fascista, y el segundo las recibía con criterios de favorabilidad en el acceso, para entrar en los temas de fondo e ir derribando, con decisiones anulatorias o interpretativas, el marco normativo autoritario. Sin esta participación de los jueces de menor grado, la jurisdicción constitucional no hubiera podido avanzar en esta dirección, ya que las altas cortes rehuían el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y tendían a aplicar la legislación de aquel origen, bajo postulados como el mencionado de la naturaleza programática de muchas disposiciones constitucionales, incluyendo a varias relativas a derechos fundamentales. El sistema italiano no prevé un recurso como el amparo y casi no conoce de acciones directas de inconstitucionalidad, menos aún en la primera fase de andadura del Tribunal Constitucional.

En Alemania ocurrió algo similar en lo que atañe a la continuidad en el poder judicial. Hubo permanencia de muchos jueces en sus posiciones y algunos de estos ascendieron al Tribunal Supremo Federal y otras altas cortes. Más aún, fue motivo de denuncia en años posteriores la vinculación con el nacionalsocialismo de jueces que lograron ascender a altas cortes. Importa aclarar que los aliados impusieron procedimientos de desnazificación, pero su eficacia fue relativa y gradualmente esta tarea fue entregada a las propias autoridades alemanas. Esto, junto a medidas de amnistía o reinserción y una política de mantenimiento del funcionariado federal, favoreció la continuidad de los servidores públicos. Ello pudo impactar en la investigación de delitos perpetrados por jueces durante el nacionalsocialismo. El tratamiento del pasado nacionalsocialista en Alemania

²⁸ *Ibidem*, p. 51.

estuvo caracterizado por la significación del Derecho penal y de la persecución penal, pero no hubo muchas averiguaciones y procesos por prevaricato o extralimitaciones cometidas por los jueces en el cumplimiento de la tarea jurisdiccional. Aquí hay un contraste con lo que sucedería después, cuando se derrumbó la dictadura socialista de la República Democrática Alemana (RDA) y este Estado se integró a la República Federal de Alemania (RFA). Esta vez los procedimientos por prevaricato estuvieron entre los más numerosos, lo cual ha dado lugar a la observación de que en esta ocasión los órganos de justicia de la RFA evaluaban la actuación de otros jueces, de otro poder judicial, el de la (extinta) RDA, mientras que después de 1945 el poder judicial debía en parte juzgarse a sí mismo²⁹. Se estima que hubo en términos generales lenidad de la justicia alemana respecto de los crímenes del Poder Judicial nacionalsocialista³⁰, lo cual puede explicarse en parte por esa continuidad.

Esta realidad esboza el contexto en el cual el Tribunal Constitucional Federal debía definir su posición institucional. Los jueces elegidos para integrar por primera vez este Tribunal fueron una clara expresión de renovación jurídica y de compromiso democrático. No tenían raíces con el pasado nacionalsocialista; algunos eran exiliados que retornaron para la reinstitucionalización de su país o habían sido opositores del régimen nazi. Resulta interesante esta relación sobre los primeros jueces del Tribunal: cuatro debieron emigrar durante el régimen nazi; ocho habían sido removidos de sus cargos públicos con base en las leyes nacionalsocialistas; tres habían sufrido impedimentos para el ejercicio de su profesión con base en esas mismas leyes; uno, el primer Presidente del Tribunal, debió retirarse de la vida pública desde 1933 y refugiarse en el llamado exilio interior. El resto procedía del ejercicio de la abogacía, labores académicas, actividad en empresas privadas o la judicatura. La valoración general sobre los primeros miembros del Tribunal apunta a que reflejaban el espíritu nuevo de firme adhesión al sistema democrático-representativo instaurado. Se ha subrayado que el Parlamento Federal y el Consejo Federal consideraron de manera específica ese compromiso democrático al momento de hacer la escogencia de tales primeros jueces, junto con la apreciación de sus cualidades personales para el ejercicio de la tarea judicial.³¹

Consciente de su misión, el Tribunal Constitucional Federal asumió desde el inicio de su funcionamiento el papel de fundador de un nuevo orden jurídico-constitucional, de un orden de valores apegado a los derechos fundamentales del

²⁹ Sanya Romeike, *La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989*, pp. 8 y ss. Consultado en: https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/media/pdf/publications/Justicia_transicional_en_Alemania.pdf

³⁰ Prantl, Heribert, Hin-Richter, *Süddeutsche Zeitung*, 11 de junio de 2021; *Wie die Justiz in der Nachkriegszeit NS-Richter freisprach - Meinung - SZ.de*.

³¹ Richard Ley, “Die Erstbesetzung des Bundesverfassungsgerichtes”, en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 13, 1982, pp. 521 y ss.

ser humano. Sobre todo, cimentado en la dignidad humana cuya garantía prescribe categóricamente la Ley Fundamental. La sentencia dictada en el caso *Lith* y otras posteriores marcaron ese rumbo y obligaron a todos los jueces a tener en cuenta esa dignidad y esos derechos como derecho directamente aplicable. La desconfianza en la política, el vacío moral y el desconcierto que dominaba en los primeros años de la postguerra delineaban las condiciones en las cuales ese Tribunal apostó por una actitud fundacional, antes que meramente arbitral, de la mano de la Ley Fundamental y buscando desde sus primeras decisiones reafirmar la ruptura con el ciclo anterior³². No es objeto de este trabajo analizar las bondades o los riesgos que pudieran asociarse a la conceptualización de los derechos fundamentales como un orden o sistema de valores. Lo relevante es que ello condujo a proyectar la fuerza normativa de la Constitución y en particular de los derechos fundamentales, que ya no quedarían subordinados al ámbito de las leyes, como había sucedido en la República de Weimar, sino que serían parámetro de la validez de aquellas. Además, las decisiones de los jueces ordinarios que no estuvieran en concordancia con la protección constitucional de los derechos podían ser cuestionadas ante ese Tribunal por medio del amparo constitucional. Luego le correspondería a esta jurisdicción constitucional contener tentativas inconstitucionales del gobierno federal, lo cual contribuyó a resguardar los equilibrios constitucionales. Lo cierto es que con apoyo en esa interpretación axiológica de normas constitucionales y mediante la resolución de controversias de singular trascendencia, así como gracias a la definición de su propio rol institucional, dicho Tribunal jugó un papel esencial para la instauración y consolidación de la democracia en Alemania y reforzó la vía judicial de protección de los derechos fundamentales³³.

En España la judicatura franquista perduró, en gran medida, tras la caída del régimen dictatorial y durante la transición y también aquí, como en Italia, el Tribunal Constitucional debió impulsar los nuevos postulados jurídicos plasmados en la naciente Constitución. En esos momentos de incertidumbre, en que los actores de muchos órganos del Estado conservaban raíces con el régimen anterior, aquel debía velar por el respeto al orden constitucional y democrático. Le tocó igualmente enfrentarse, aunque con menor intensidad, a la invocación por el Tribunal Supremo del carácter programático de ciertas normas constitucionales así como a la legislación preconstitucional, con el matiz de que en el caso español en la temprana transición se dictaron disposiciones destinadas a reformar regulaciones del franquismo abiertamente antidemocráticas y negadoras de la

³² Christian Boulanger, “Role Theory, Democratization and Comparative Constitutionalism: Constitutional Courts as “Guardians”, “Umpires” and “Founders””, en *Law and Society Annual Meeting*, 2015, pp. 11 y ss.

³³ Sascha Kneip, “Verfassungsgerichte im Prozess der Demokratisierung – Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf Konsolidierung und Qualität der bundesdeutschen Demokratie”, en Wrase/Boulanger, *Die Politik des Verfassungsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp. 137 y ss.

proyección de libertades asociativas en el ámbito social y de la participación democrática en espacios públicos mediante manifestaciones. Aquellas no siempre colmaban, sin embargo, las exigencias constitucionales³⁴. Era en todo caso motivo de especial preocupación la actitud que asumirían los jueces y las prácticas interpretativas heredadas.

El control del Tribunal Constitucional estaba llamado a proyectarse no solo sobre el legislador sino también sobre los jueces. La introducción del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional obedeció en parte al temor que existía respecto de la mentalidad preconstitucional de la judicatura ordinaria³⁵. Después de casi cuarenta años de una dictadura que supo someter a los jueces y utilizar al aparato judicial, era desde luego justificada esa reserva. Conviene reproducir esta relación sobre los primeros nombramientos efectuados en este Tribunal y sobre su significado institucional:

“Por consenso fueron designados los doce primeros magistrados del Tribunal entre juristas de reconocido prestigio, con fuerte predominio de profesores universitarios. Tal era el caso de Gloria Begué Cantón, Manuel Díez de Velasco Vallejo, Francisco Rubio Llorente o Francisco Tomás y Valiente. Fue un equipo de alto nivel técnico, cuya presidencia recayó en Manuel García Pelayo, catedrático de Filosofía y Teoría del Estado, preso en los campos de concentración franquistas y exiliado desde 1951 hasta 1980, fecha en que regresó para hacerse cargo de la Presidencia del Tribunal Constitucional. Y dentro del grupo procedente de la carrera judicial, destacaba la presencia de Plácido Fernández Viagas, reconocido activista de Justicia Democrática quien fuera expedientado en numerosas ocasiones por su rebeldía durante los últimos años del franquismo y la transición. El esmero con que las fuerzas políticas eligieron a los protagonistas encargados de liderar la transición de la justicia española (la mayoría ajenos a la propia estructura del Poder Judicial) da cuenta del objetivo perseguido de renovar el Poder Judicial desde afuera, por medio de un *outsider* que fiscalizara una institución que entró en el sistema democrático sin apenas depuración”³⁶.

Ciertamente, fueron pocas las medidas de depuración o renovación adoptadas en el Poder Judicial. Entre estas destacan, algunos años después de la aprobación de la Constitución, la jubilación anticipada de una parte de los jueces y la apertura de vías simplificadas de acceso directo al poder judicial, incluso a altas posiciones, sin pasar por las vías tradicionales de concurso de oposición. Esto ayudó a la democratización de la mentalidad de la judicatura, pero solo parcial y gradualmente, siendo esencial el papel que debía jugar y que desempeñó el Tribunal Constitucional como ariete principal del proceso.

³⁴ Biagi, ob. cit., pp. 97 y ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 120.

³⁶ Ana Benito, “Poder judicial, responsabilidad legal y transición a la democracia en España”, en *Foro Internacional*, 195, 2009, p. 177.

C. Las contribuciones jurisprudenciales al proceso de democratización

En los casos comentados los aportes de los tribunales constitucionales a la transición a la democracia fueron variados y notables. En Italia sobresale el desmontaje de la legislación fascista, que implicaba vitalizar una Constitución que había sido congelada en los primeros años de vigencia formal de la Constitución de 1948. La dinámica que se generó entre los jueces de primera instancia y el Tribunal Constitucional fue primordial para lograrlo. El control sobre leyes originadas en el periodo autoritario permitió a dicho Tribunal ganar autoridad ante las demás instituciones constitucionales y la sociedad, lo cual facilitaría el desempeño de su función jurisdiccional respecto de los poderes que le eran contemporáneos. Nótese que derribar o reinterpretar la legislación fascista no era solo interpelar al pasado. Era también un control indirecto de la mora en que había incurrido el parlamento en lo que concierne a la adaptación de la legislación al nuevo marco constitucional, así como de la resistencia de la Corte Suprema de Casación a reconocer la fuerza normativa de disposiciones constitucionales referidas a derechos fundamentales. Todo esto se hizo con avances graduales y moderación. La jurisdicción constitucional italiana se ha caracterizado desde entonces por adquirir fortaleza desde la medida, la discreción, no la pasividad³⁷.

En Alemania el Tribunal Constitucional Federal ha jugado un rol decisivo en la transición y consolidación democrática. Estudios de base empírica realizados respecto de la actuación de este Tribunal en sus primeros diez años de funcionamiento lo confirman. Esto se ha planteado desde una perspectiva más general sobre el papel favorable que pueden desempeñar los tribunales constitucionales en democracias jóvenes, como lo era la alemana en 1949. En el caso alemán, estas han sido las principales dimensiones de su contribución a la democratización: el fortalecimiento del Estado de Derecho, en sus diversos componentes; la defensa de libertades individuales, así como el ejercicio del control sobre los poderes públicos, y la protección de las posibilidades de participación democrática. Se estima que su desempeño ha coadyuvado igualmente a elevar la calidad de la democracia³⁸.

Al igual que en Italia, la jurisdicción constitucional alemana dio pasos destinados a ganar autoridad. Lo hizo por medio de su jurisprudencia, especialmente de la referida a derechos fundamentales, la cual puede ser inscrita en la categoría de los “nuevos comienzos”, expuesta por Ackerman al estudiar los escenarios de fundación constitucional y el papel que puede jugar la jurisdicción constitucional en cada uno³⁹. En el contexto de los nuevos comienzos, como el de

³⁷ Armin Bogdandy von y Davide Paris, “La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Revista Derecho del Estado*, 43, mayo-agosto de 2019, pp. 5 y ss.

³⁸ Sascha Kneip, *ob. cit.*, pp. 137 y ss.

³⁹ Bruce Ackerman, “The rise of world constitutionalism”, en *Virginia Law Review*, 83, 1997, pp. 771 y ss.

Alemania en 1949, la jurisdicción constitucional tiende a asumir un rol “redentor”, destinado a superar una situación oprobiosa, lo que implica procurar que los compromisos adquiridos en la naciente Constitución no sean simples retórica sino que se proyecten en el plano jurídico-social. En el caso de la Ley Fundamental ello significaba una clara ruptura con el pasado nacionalsocialista, lo cual se reflejaría en las sentencias que prontamente hicieron valer los derechos fundamentales como pilares del ordenamiento jurídico. En el caso *Liith* además, ello suponía, por las peculiaridades de la controversia suscitada, dejar a salvo la libertad de expresión ejercida por el señor *Liith* cuando llamó a un boicot contra la presentación, en el marco de una actividad cultural alemana, de una pieza fílmica cuyo director había producido y conducido una película de propaganda nacionalsocialista difundida durante el régimen nazi. De esta forma, al reconocimiento del efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el orden jurídico y de la facultad del Tribunal Constitucional para revisar, al resolver recursos de amparo, si los jueces ordinarios habían tenido en cuenta los derechos fundamentales eventualmente involucrados, se sumaba esta otra concreta manifestación de ruptura. Este papel redentor de la jurisdicción constitucional también ha sido calificado como fundacional, como antes se dijo⁴⁰. En estos escenarios el Tribunal Constitucional se considera obligado a participar de manera relevante en el levantamiento de la nueva institucionalidad y en el afianzamiento de los principios del sistema democrático emergente.

Otro ejemplo de este compromiso democrático-constitucional se encuentra en su sentencia referida a la creación de una sociedad de propiedad estatal sobre la Televisión o Radiodifusión Alemana, denominada en medios políticos la televisión de Adenauer, con la cual el Tribunal Constitucional Federal coronaba casi una década desde su puesta en funcionamiento. En esta decisión se declaró inconstitucional dicha creación, porque la Federación no podía asumir la prestación de la televisión o radiodifusión pública ni tener una posición determinante en ella, ya que ello debía permanecer en manos de los Estados federados (*Länder*), como ocurría entonces, bajo parámetros que garantizaran la distancia o libertad del medio respecto del Estado. Se señalaron los principios destinados a asegurar la libertad y pluralismo que deberían ser tenidos en cuenta en este ámbito. El trasfondo del conflicto resuelto por la jurisdicción constitucional fueron las críticas a lo que se consideraba un intento del Canciller federal de formar una televisión estatal como instrumento de difusión de determinadas posiciones políticas. La sensibilidad ante el tema guardaba relación con el pasado, pues durante el nazismo fueron centralizadas las emisoras de radio de los *Länder*, conjuntamente con una política de completa estatización de la

⁴⁰ Boulanger, “Role Theory...”, *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

actividad, y se estableció una extensa red de emisoras subordinadas al gobierno federal y dependientes del ministerio de propaganda⁴¹.

El Tribunal Constitucional había reafirmado también su autoridad mediante una memoria que elaboró y envió a las demás autoridades constitucionales a mediados de 1952, en la cual hacía valer su estatus como órgano constitucional federal que estaba a la par que el Presidente Federal, el Gobierno Federal, el Parlamento Federal y el Consejo Federal. Hasta ese momento dicho Tribunal era tratado en distintos aspectos como cualquier otro órgano jurisdiccional, sin que se reconociera el estatus de órgano constitucional que en su criterio le correspondía, en su carácter de “máximo guardián de la Constitución”. Lo requerido por el Tribunal tenía diversas implicaciones; suponía conferirle independencia respecto del Ministerio de Justicia Federal, en los aspectos presupuestarios y administrativos en los que dicho Ministerio tenía incidencia sobre el funcionamiento de los tribunales federales. La Ley Fundamental no contemplaba expresamente lo sostenido por el Tribunal Constitucional, pero esto era una interpretación plausible de la misma, abonada por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal. La memoria suscitó controversia, pero este salió victorioso en su empeño por afirmar su posición constitucional⁴². Lo más importante para el robustecimiento de esta autoridad ha sido, no obstante, la confianza de la ciudadanía, que se ha granjeado precisamente por su firme actitud de defensa de los derechos fundamentales y del orden democrático, basada en su independencia, equilibrio y conciencia de su misión.

En España la función cumplida por la jurisdicción constitucional en la transición y en la consolidación democrática fue capital. La inestabilidad del cambio en desarrollo lo puso de manifiesto el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. Casi un mes antes el Tribunal Constitucional había dictado su primera sentencia, el 26 de enero de 1981. Ello explica que Tomás y Valiente haya apuntado que: “La jurisprudencia del Tribunal fue aceptada como síntoma y refuerzo de la buena salud del sistema constitucional amenazado un mal día de infausto recuerdo”⁴³. Pero no fue esta la única señal de la fragilidad de la ruta constitucional ni fue la postura de las fuerzas armadas y su relación con la nueva institucionalidad civil el único tema objeto de preocupación.

⁴¹ Véase DW, “Objetiva y crítica: radiodifusión pública en Alemania”, disponible en: <https://www.dw.com/es/objetiva-y-cr%C3%ADtica-radiodifusi%C3%B3n-p%C3%BAblica-en-alemania/a-5658238>; también en: <https://www.deutschlandfunk.de/urteil-zum-adenauer-fernsehen-meilenstein-der-deutschen-100.html>.

⁴² Armin Bogdandy vony Davide Paris, *ob. cit.*, p. 7.

⁴³ Francisco Tomás y Valiente, “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en Rodríguez-Piñero, Miguel y otros, *La jurisdicción constitucional en España*, CEC, Madrid, 1995, p. 17.

El problema de las nacionalidades, de la organización territorial del Estado en general, de la violencia terrorista, de la situación económica, entre otros, sacudía a la nave democrática⁴⁴.

El Tribunal Constitucional, como ya se dijo, comenzó a ejercer control de constitucionalidad sobre leyes o decretos-leyes preconstitucionales en materias como el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la huelga, y el régimen local. Debió ocuparse también de recursos interpuestos contra leyes posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, como la Ley Orgánica sobre el Estatuto de Centros Escolares, con lo cual sentó criterios sobre la libertad de enseñanza y de cátedra y la neutralidad ideológica en instituciones educativas públicas. Fue relevante también su jurisprudencia sobre libertad de expresión, el debido proceso y la presunción de inocencia. En ocasiones tuvo que reafirmar la operatividad jurídica inmediata de los derechos fundamentales, al menos de su contenido básico, a falta de ley de desarrollo, como sucedió respecto de la objeción de conciencia al servicio militar. Sus esfuerzos referidos a la protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo fueron calificados como la labor “más noble y la más grata”⁴⁵ que debió prestar.

El reparto competencial entre el Estado central y las Comunidades Autónomas fue otro asunto en el que la jurisdicción constitucional fue puesta a prueba y logró construir autoridad en esta fase inicial. En este último ámbito era notorio el desafío que debía arrostrar el Tribunal, pues la Constitución no cerraba la regulación sobre la distribución político-territorial del poder, sino que abría un amplio espacio para la definición ulterior por medio de los Estatutos de Autonomía⁴⁶. Predominaba la indeterminación constitucional y la ausencia de modelos comparados fácilmente aprovechables. El Estado de las Autonomía tenía que ser perfilado con participación de muchos actores institucionales, siendo el Tribunal Constitucional uno de ellos. La sentencia dictada en 1983⁴⁷ en relación con el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, de 1982, fue crucial para delimitar la esfera de actuación del legislador y de la jurisdicción constitucional en esta materia, y esta dejó a salvo sus funciones de interpretación constitucional y evitó una invasión de aquel en las facultades propias del poder constituyente.

Cuando se cumplieron veinte años de la tarea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se hizo un balance que afirmaba rotundamente las bondades de esta jurisdicción constitucional para la democracia constitucional en España. Se han distinguido dos fases: la primera, que se extiende desde 1981 hasta finales de la década de los ochenta, y la segunda que arranca con los años noventa. La

⁴⁴ Biagi, *ob. cit.*, pp. 87 y ss.

⁴⁵ Francisco Tomás y Valiente, *ob. cit.*, p. 21.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 24 y ss.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto.

primera se distinguiría porque el Tribunal: “centra sus esfuerzos en asentar los principios y valores constitucionales”⁴⁸; en especial, se dedica a la protección y reivindicación de la fuerza jurídica de los derechos fundamentales y a cumplir una labor arbitral entre los poderes del Estado, muy particularmente en materia autonómica. Es entonces cuando se dictan sentencias sobre los temas antes aludidos, claves para el despliegue de los postulados del nuevo orden constitucional y democrático. Mientras que, en la segunda fase, ya consolidada la transición, y una vez que la jurisdicción ordinaria ha asumido “su condición de garante natural de los derechos fundamentales”, dicho Tribunal desempeña su función de “intérprete supremo de la Constitución”⁴⁹.

3. Los Tribunales Constitucionales en contextos autoritarios o de ruptura política y los escenarios de fracaso, retracción o captura de la jurisdicción constitucional

A. Tribunales constitucionales y sistemas autoritarios

En los últimos años se ha intensificado el estudio del papel que pueden jugar altas cortes y tribunales constitucionales en regímenes autoritarios⁵⁰. Por mucho tiempo la materia no se consideraba merecedora de un análisis detenido, ya que se pensaba que tales tribunales no podían hacer algo distinto a replicar en el orden político las fuerzas y tendencias ya presentes en el sistema de dominación. En otras palabras, al carecer de efectos propios en la dinámica institucional, no tendría mucho sentido examinar separadamente su actuación. Sin embargo, estudios apoyados en aproximaciones politológicas han puesto de manifiesto que la situación suele ser diferente. Al igual que las Constituciones, los tribunales constitucionales desempeñan funciones particulares y a veces inesperadas en sistemas actual o tendencialmente autoritarios. Esos tribunales y en general las altas cortes suelen ser instrumentos efectivos en manos del gobernante autoritario o del que propende a serlo, como herramienta útil a fin de lograr: el ejercicio de control social; la legitimación con barniz jurídico de algunas decisiones, para apuntalar políticas oficiales o favorecer los intereses de quien detenta el poder; el arreglo de conflictos al interior de la coalición dominante; la adopción por los jueces de medidas que la clase política por motivos de conveniencia prefiere delegar a la jurisdicción; o la creación de esferas de interacción sujetas a cierta

⁴⁸ Luis Aguiar de Luque y Pablo Pérez Tremps, *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 19.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰ Con base en el interesante estudio de Tamir Moustafa y Tom Ginsburg, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, 2008; véase David Landau y Rosalind Dixon, “Abusive judicial review: courts against democracy”, en *UC Davis Law Review*, 53, 2020, pp. 1313 y ss.; Daniela Urosa Maggi, *ob. cit.*, pp. 39 y ss.; Jesús María Casal, “The Constitutional Chamber...”, *ob. cit.*, pp. 913 y ss.

juridicidad, en aras de alcanzar objetivos económicos⁵¹. Ejemplos de ello son las sentencias dictadas por tribunales constitucionales o altas cortes en países latinoamericanos para facilitar la reelección indefinida de los respectivos jefes de Estado en sus cargos. Sin embargo, en algunas ocasiones dichos tribunales generan cierta contención, cierto encauzamiento institucional, nunca la del Estado democrático de Derecho pero sí una que no puede ser ignorada. Fue el caso del Tribunal Constitucional durante la dictadura de Pinochet, especialmente con motivo de la preparación de la convocatoria del plebiscito de 1988, previsto en la Constitución de la dictadura, frente al cual aquel procuró dejar a salvo determinadas garantías de participación.

El uso de instituciones de la democracia constitucional para apuntalar procesos populistas y autoritarios de dominación se ha extendido en las últimas décadas. Las llamadas democracias iliberales se han venido replicando en diversos contextos y las fuerzas autoritarias que las impulsan se aprovechan de las formas de la democracia y del Estado de Derecho para socavarlos desde adentro. Los tribunales constitucionales han sido sometidos también a esta peligrosa dinámica y muchos han terminado siendo actores de la dominación autoritaria. Ello se explica en parte porque aquellos han sido víctimas de su propio éxito. La experiencia altamente positiva de la jurisdicción constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, en las dos primeras oleadas antes esbozadas, condujo a que la introducción de un tribunal constitucional dentro de una institucionalidad democrática naciente o recuperada se valorara como signo de compromiso con la democracia y el Estado de Derecho. Así ocurrió con los países de Europa Central y del Este. No siempre la implantación de estos tribunales ha estado acompañada del resultado democratizador esperado. Por otro lado, varios regímenes autoritarios han recurrido a la figura de los tribunales constitucionales para afianzarse ¿Qué conclusión cabe extraer de estos fenómenos en lo concerniente al probable rol de los tribunales constitucionales en transiciones a la democracia?

La respuesta requiere una diferenciación de las situaciones en las que un tribunal constitucional puede ser instaurado o puede actuar. No basta con apuntar que en varios países con regímenes autoritarios o iliberales hay o ha habido tribunales constitucionales. Recuérdese que la mayoría de los Estados en el mundo pertenece a las categorías de los regímenes o híbridos o autoritarios⁵², por lo que no es extraño que haya tribunales constitucionales en muchos sistemas no propiamente democráticos, sobre todo en virtud de la tendencia señalada a destruir

⁵¹ Tamir Moustafa y Tom Ginsburg, *ob. cit.*, pp. 1 y ss.

⁵² Véase el índice de la Democracia del 2021. Disponible en: https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=democracy-index-2021&gclid=CjwKCAjwvsqZBhAlEiwAqAHElfPwHVXaAsBJKop5nS--jZyv67DPK_ngfndiQ1SLv3K_kOqfFdgYShoCnfQQAyD_BwE; véase también Tom Ginsburg y Alberto Simpser, *Constitutions in authoritarian regimes*, Cambridge University Press, 2014.

la institucionalidad desde adentro o con barniz seudodemocrático. La inclinación a camuflar bajo ropajes constitucionales la erosión de los medios de contención del poder público, y a la vez a acelerarla gracias a la utilización de la Constitución y del poder constituyente, se ha acentuado, como también la de mantener convocatorias electorales como fachada, aún en regímenes autoritarios⁵³. Desde la óptica de este trabajo la clave radica en determinar si esta evolución desfavorable pone en entredicho la idea de que los tribunales o salas constitucionales pueden contribuir al desarrollo de procesos de transición a la democracia, como ya vimos ha sucedido en varios ordenamientos. Estimo que hay fundamentos suficientes para contestar negativamente.

La existencia de un tribunal constitucional dentro de un sistema autoritario y su instrumentalización política en beneficio de los gobernantes puede obedecer a causas muy diversas que deben ser precisadas antes de poder extraer una conclusión respecto del interrogante planteado. Que en un régimen predominantemente autoritario de nuestro tiempo se procure incorporar al diseño constitucional un tribunal constitucional parece algo natural, por las razones indicadas, como también es previsible que este, capturado políticamente, secunde las medidas e intereses oficiales. Más problemáticos a la luz de nuestro objeto de análisis son los casos en que un tribunal o sala constitucional preexistente apalanca, desde una fase previa de democracia o de hibridez del sistema político, la dominación autoritaria. El caso venezolano ilustra esto en parte, pero es distinto al de los escenarios de transición a la democracia. La Sala Constitucional fue creada desde el inicio de este ciclo político, en el que el sistema se ha hecho cada vez más autoritario, con el punto de partida de una democracia debilitada y pronto de un régimen híbrido. Cabría afirmar que el desempeño de esta Sala, así como el de sus homólogos en Nicaragua y Bolivia, pone de manifiesto la influencia de salas o tribunales constitucionales en la degeneración de un sistema desde una hibridez inicial hacia un autoritarismo más o menos abierto.

Sin embargo, al hacer una valoración de conjunto, en perspectiva comparativa, sobre la actuación de los tribunales constitucionales el resultado es favorable. Téngase en cuenta que, cuando el autócrata electivo utiliza la Constitución, la democracia y las altas cortes, incluyendo a las cortes constitucionales, para enraizar su hegemonía, las está desnaturalizando o tergiversando. La Sala Constitucional venezolana, por ejemplo, está muy lejos de ser una jurisdicción constitucional, pues ni siquiera es jurisdicción, al carecer de independencia y ser un protagonista militante del desmantelamiento del Estado democrático de Derecho. Algo similar ocurre con las denominadas democracias

⁵³ Véase, entre otros, D. Landau, “Abusive Constitutionalism”, en *UC Davis Law Review*, 47, 2013, pp. 189 y ss.; David Landau, y Rosalind Dixon, *ob. cit.*, pp. 1313 y ss.; Inmaculada Szmolka, “Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 147, 2010, pp. 103 y ss.

iliberales que se han valido de tribunales constitucionales capturados, las cuales no son en rigor democracias. Sería erróneo plantear que debe eliminarse la democracia porque hay regímenes que se valen de sus formas y mecanismos para destruirla y oprimir al ciudadano. Lo que procede es analizar estos procesos de socavamiento y adulteración para definir el modo de evidenciarlos, contenerlos y prevenirlos a futuro. Una reflexión semejante es igualmente pertinente respecto de la jurisdiccional constitucional, como veremos.

No pensemos, por otro lado, que una alta corte judicial ordinaria, al estilo de la antigua Corte Suprema de Justicia venezolana, que haya sido capturada y se encuentre comprometida de manera militante con una dominación autoritaria, no estaría en capacidad de asestar golpes certeros contra la democracia. Tal vez no serían cuantitativamente de igual severidad a los provenientes de una sala o tribunal constitucional, pero la diferencia sería más cuantitativa que cualitativa. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia venezolana, sin haber sido capturada, mediante sus sentencias del 19 de enero y la del 14 de octubre de 1999, abrió las puertas a la dictadura constituyente y a sus derivaciones.

Conviene observar, por otra parte, que de alguna manera los tribunales constitucionales mantienen en alto su honor y su vinculación con la defensa de la democracia y los derechos humanos cuando son bloqueados, neutralizados o suprimidos por gobernantes con ambiciones autoritarias. También allí demuestran que su misión institucional está clara y por eso el gobernante con vocación autoritaria se empeña en subyugarlos. Esa fue la experiencia del ensayo precursor de la jurisdicción constitucional en Austria en el periodo de entreguerras. El propio Kelsen fue víctima de ese menoscabo funcional del Tribunal Constitucional austriaco, que desembocaría luego en su virtual paralización, bajo el asedio del nacionalsocialismo⁵⁴. Algo parecido sucede con las operaciones de captura política de estos órganos, difícilmente ocultables y que ponen de relieve la naturaleza del régimen instaurado o emergente.

En Hungría y Polonia los respectivos tribunales constitucionales fueron neutralizados y asaltados políticamente por los actuales regímenes populistas, de manera ostensible⁵⁵, despertando alarmas a nivel de las instituciones europeas por la seria amenaza al Estado de Derecho que ello representaba. La incomodidad que supone un tribunal constitucional consciente de su papel para un gobernante no democrático es tan grande que estos combates se están dando y dejan a salvo, cuando aquel no se doblega sino es derribado o capturado, su compromiso democrático. Ejemplo reciente de ello ha sido la ocupación política de la Sala de lo Constitucional en El Salvador. Con acierto afirmó Cappelletti que: “ningún

⁵⁴ Pedro Cruz Villalón, *La formación...*, *ob. cit.*, pp. 262 y ss.

⁵⁵ Véase W. Sadurski, “Constitutional crisis in Poland”, en Graber, Mark, Levinson, Sanford y Tushnet, Mark (eds.), *Constitutional democracy in crisis?* Oxford University Press, 2018, pp. 257 y ss.; Kim Scheppele, “Autocratic Legalism”, en *The University of Chicago Law Review*, 85, 2018, pp. 545 y ss.

régimen dictatorial y opresivo ha aceptado alguna vez un sistema efectivo, no meramente nominal, de justicia constitucional”⁵⁶, entendiéndose aquí que la efectividad está referida a la función propia de la jurisdicción constitucional (de la libertad). Lo que tal vez no llegó a ver Cappelletti fue la frecuencia con la que esa jurisdicción está siendo utilizada por gobiernos autoritarios de manera efectiva para socavar la democracia, pero, cuando ocurre, es a costa de la esencia misma de tal jurisdicción. Tanto es así que, al quedar en evidencia en sistemas híbridos la operación de captura política, y suele ser pronto, el tribunal constitucional (adulterado) pierde aceleradamente la confiabilidad, legitimidad o autoridad que le hubiera permitido cumplir su papel en un ciclo anterior.

En un contexto de recuperación democrática, un tribunal o sala constitucional puede prestar una contribución relevante a la democratización. Si se está pensando en la conveniencia de sustituir tribunales o salas constitucionales, que actúen en sistemas mixtos de justicia constitucional, por un sistema difuso de control de la constitucionalidad, habría que hacer dos advertencias. La primera es que esta cuestión no debe plantearse de manera abstracta. En materia institucional es imprescindible atender al contexto, con todas sus dimensiones. El establecimiento de un sistema difuso de control en ordenamientos en los que los jueces raramente lo han ejercido, porque han estado habituados al impulso procedente de altas cortes o por otros factores, podría traducirse muy probablemente en una parálisis o en una tímida actividad de la justicia constitucional, en lo que al control de constitucionalidad respecta, precisamente en los momentos en que su funcionamiento puede ser más necesario para la recuperación o consolidación democrática. Al minimizar la jurisdicción constitucional, para que no haga daño en el momento tendencial o marcadamente autoritario, la debilitamos también para que brinde sus aportes en la fase de democratización. El asunto de fondo es, en todo caso, promover diseños institucionales que coadyuven a evitar que esa situación proclive al autoritarismo se suscite. Luego volveremos sobre el caso venezolano, donde hay otros aspectos que deben ser evaluados.

En cualquier examen comparativo que reflexione sobre las bondades o peligros de los tribunales constitucionales han de tenerse presentes, además, las experiencias en las que estos han contribuido a preservar o afianzar un orden democrático, como lo ilustran la actuación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en 1993, que salvó la estructura democrática del atentado golpista del Presidente de la República⁵⁷, o la de la Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional de Costa Rica en favor de la consolidación democrática.

⁵⁶ Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: Studi di diritto giudiziario comparato*, Boloña, il Mulino, 1994, p. 69.

⁵⁷ Norbert Lösing, “El guardián de la Constitución en tiempos de crisis”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, p. 146.

Lo aquí afirmado no implica que se sea partidario de crear un tribunal constitucional o de mantener la actual regulación constitucional sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela; solo sostengo que el hundimiento de algunos tribunales constitucionales, su captura o la instrumentalización política de esta figura no desvirtúan las consideraciones formuladas en las primeras partes de este trabajo sobre el papel relevante que pueden desempeñar y han cumplido en procesos de transición a la democracia. La mejor jurisdicción constitucional no es necesariamente la más fuerte desde el punto de vista de la amplitud de sus competencias, sino la que posea las atribuciones, estatus y capacidad de acción que, según la realidad y circunstancias de cada país, sean suficientes para lograr una protección efectiva de la Constitución, los derechos y la democracia.

B. Tribunales constitucionales y situaciones de ruptura política

Un planteamiento que ha surgido en relación con la actuación de tribunales constitucionales frente a coyunturas institucionales singulares es el de la limitada capacidad de respuesta que tendrían las cortes constitucionales en situaciones de ruptura política. Brown y Waller han llevado a cabo una investigación a partir de algunas experiencias concretas, como las de Hungría, Rusia, Turquía, Sudáfrica y Egipto, y estiman que las cortes constitucionales no suelen jugar un rol importante en contextos de ruptura política y que difícilmente pueden hacerlo. En los casos especiales en que ciertas cortes intervencionistas o activistas habrían operado de manera relevante en tales momentos, a mediano plazo estas se repliegan o son capturadas⁵⁸.

Importa aclarar que tales autores no pretenden examinar específicamente el rol de las cortes constitucionales en procesos de transición a la democracia ni en las transiciones en general, sino circunscriben su estudio a las situaciones de ruptura, esto es, de colapso o transformación súbita de un régimen u otras formas de quiebre que se caracterizan por el cuestionamiento profundo a las estructuras de gobierno en vigor y al marco jurídico respectivo, lo que llevaría normalmente aparejado un vacío constitucional, una fase en mayor o menor grado extra-constitucional y cargada de incertidumbres. Su objeto de análisis es, pues, el de un tipo y un momento de una posible transición política. No focalizan su indagación en las transiciones a la democracia, sino consideran las transiciones políticas como concepto general o neutral, y evalúan el rol desempeñado por tribunales constitucionales en estos contextos. Estiman que aquellos suelen replegarse en tales circunstancias de incertidumbre ligada a una ruptura, pero que en ocasiones emergen ciertos tribunales intervencionistas, dadas determinadas condiciones, ligadas a la centralidad institucional en la organización de la jurisdicción constitucional, la fuerte personalidad y liderazgo de determinadas figuras dentro de las respectivas cortes y la división prevalente entre las ramas

⁵⁸ Nathan Brown y Julian Waller, “Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 4, 2016, pp. 817 y ss.

electas del Estado. En atención a los casos que analizan, concluyen que cuando, de manera excepcional, los tribunales constitucionales en tales coyunturas son intervencionistas no suelen ser exitosos a mediano o largo plazo o no pueden sostener ese comportamiento en las fases inmediatamente posteriores.

Al respecto, conviene observar que este interesante trabajo reúne experiencias bastante heterogéneas, cuyo tratamiento requiere, desde la óptica de la transición a la democracia, algunas puntualizaciones. Por ejemplo, en Turquía el Tribunal Constitucional procuró desde el 2002 contener el avance electoral de movimientos islámicos, en defensa del orden político tradicional laicista garantizado por los militares. Pasó de ser un órgano sujeto al sector militar, como guardianes del sistema imperante y de la secularización de la vida pública que imponía, a quedar sometido, tras ser capturado por fuerzas políticas emergentes, al movimiento islámico que hoy rige ese país⁵⁹. Es decir, no se trataba de una intervención de la jurisdicción constitucional en una transición política a la democracia ni desde la democracia. En Rusia hubo una lucha de poder en la que el Tribunal Constitucional tomó partido abierta y políticamente a favor de las fuerzas enfrentadas al Presidente Yeltsin⁶⁰. En Egipto la dinámica fue ambivalente y la Suprema Corte Constitucional supo moverse con habilidad según las oscilantes circunstancias⁶¹, sin que se posicionara realmente como un guardián de la democracia. Desde la perspectiva del presente estudio los casos de Sudáfrica y Hungría merecen ser abordados separadamente.

En Hungría, tras las negociaciones que apuntalaron la transición a la democracia, el Tribunal Constitucional asumió un notorio activismo desde 1990, bajo el impulso de su Presidente, Sólyom, quien con apoyo en lo que denominaba la Constitución invisible quiso imprimir a los preceptos de la Constitución una significación cónsona con el pensamiento occidental sobre la democracia y el Estado de Derecho, tomando como referencia el acervo constitucional europeo. Ese activismo le llevó a tener conflictos recurrentes con los poderes políticos, en temas principales de la agenda política, y ello generó una respuesta de la clase política, al culminar el periodo de Sólyom en el Tribunal, consistente en la captura política y debilitamiento de la jurisdicción constitucional⁶².

⁵⁹ Hootan Shambayati, “The Guardian of the Regime: The Turkish Constitutional Court in Comparative Perspective”, en Said Arjomand (Ed.), *Constitutional Politics in the Middle East*, International Institute for the Sociology of Law, Oñati, 2007, pp. 99 y ss.

⁶⁰ Alexei Trochev, *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics 1990–2006*, Cambridge University Press, New York, 2008.

⁶¹ Nathan Brown y Julian Waller, *ob. cit.*, pp. 839 y ss.

⁶² G. Halmay, “The Making of ‘Illiberal Constitutionalism’ with or without a New Constitution The Case of Hungary and Poland”, en D. Landau y H. Lerner (eds.), *Comparative Constitution Making*, Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 302 y ss.; L. Sólyom, “Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary”, en A. Bogdandy

En Sudáfrica se reconoce el papel destacado jugado por el Tribunal Constitucional durante la transición a la democracia, lo cual estuvo asociado en la experiencia sudafricana a la función que se atribuyó al Tribunal Constitucional de ser garante del respeto a los acuerdos alcanzados y a los principios democráticos y los derechos humanos que los iluminaron, bajo una perspectiva que enfatizaba la consideración de la posición de la minoría y la correlativa contención de la mayoría. Ese Tribunal fue creado en la Constitución interina de 1993, en la primera etapa de la transición, y es innegable el éxito de su desempeño como garante durante el proceso de elaboración de la Constitución, aprobada finalmente por el Tribunal en 1996. No obstante, los autores citados observan que dicho Tribunal perdió prontamente ese talante intervencionista, en la fase posterior. Los cambios producidos en el sistema institucional, que pasó a presentarse más cohesionado en torno a un eje, una vez que el partido mayoritario, el Congreso Nacional Africano, comenzó a dominar la vida política, así como las dudas que surgieron sobre el sesgo partidista de algunas designaciones efectuadas en el Tribunal, restaron fuelle a la jurisdicción constitucional. Al haber cumplido su tarea fundamental de asegurar una transición pacífica, respetuosa de los acuerdos, en un escenario de gobierno dividido, y al suscitarse los cambios apuntados, el Tribunal Constitucional perdió “su habilidad para actuar como un jugador político de primer orden”⁶³. No pudo mantenerse por más tiempo en su posición de “actor político poderoso”⁶⁴. El Tribunal siguió siendo activo “en la defensa de derechos individuales y de protecciones sociales”⁶⁵ pero empezó a eludir los asuntos de impacto político.

Los hallazgos del estudio de Brown y Waller no apuntan en la dirección de estimar inconveniente la creación o conservación de un tribunal constitucional, ni es el objetivo de los autores despejar alguna incógnita al respecto. Su punto focal es otro. Y las conclusiones a que arriban sobre las experiencias examinadas son útiles sobre todo en lo concerniente a entender las dificultades que pueden tener las cortes constitucionales en ciertas circunstancias y algunos de los factores que explicarían su excepcional intervención activa en tales momentos, como también el posible repliegue ulterior de su protagonismo. Esto no quiere decir que su papel no haya sido relevante y positivo. Muestra de ello es el caso sudafricano, con un balance muy favorable en la fase inicial de la superación del régimen del *apartheid* y una retracción posterior, que no desvirtúa sus logros para la transición a la democracia. Lo hecho por este Tribunal más bien confirma lo certero de la decisión de haberlo introducido, y el que haya dejado de ser “un jugador político de primer orden”, como llegó a serlo, no significa que reme contra la democracia

y P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Hart, Oxford, 2015, pp. 5 y ss.

⁶³ Nathan Brown y Julian Waller, *ob. cit.*, p. 830.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 831.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 832.

y los derechos humanos. Un tribunal constitucional no necesita ser siempre “un jugador político de primer orden” para que se justifique su creación y mantenimiento. Es suficiente con que cumpla su papel de control del poder con base en la Constitución y los derechos humanos, sin perjuicio de las oscilaciones que puedan ocurrir. Tampoco tiene que seguir el mismo itinerario recorrido por las cortes constitucionales en las experiencias consideradas por estos autores, agotando sus fuerzas en la etapa inicial en virtud de un marcado protagonismo, ni las circunstancias que deberá enfrentar tienen que ser iguales, como lo demuestra el éxito de la jurisdicción constitucional de la segunda postguerra europea y el de varios tribunales constitucionales latinoamericanos. También, por cierto, el de la Corte Constitucional sudafricana, según lo antes explicado.

Esto no significa que no haya lecciones que extraer del citado estudio. Así, el naufragio del activismo un tanto descontextualizado histórica y políticamente de la jurisdicción constitucional en Hungría evidencia la importancia de la prudencia y de la visión estratégica de las cortes constitucionales, y de toda jurisdicción constitucional, para que puedan cumplir sus funciones y perdurar sin ser capturadas políticamente.

Un trabajo relevante, que merece igualmente un comentario desde la perspectiva de las transiciones a la democracia y el papel de la jurisdicción constitucional, es el de Ginsburg. El autor distingue cuatro roles que pueden jugar los tribunales constitucionales u otras cortes en esos contextos: a veces las cortes operan como actores del pasado, protegiendo los intereses del gobierno autoritario en situaciones en que se prevé su salida del poder pero de manera gradual, bajo la premisa de que aquel conserve el poder para ordenar la transición; en ocasiones las cortes actúan como agentes del futuro, contribuyendo a la transformación del proceso político y acicateando la consolidación de la democracia; en raras oportunidades, las cortes desencadenan la transición como tal, provocando la movilización política o ciudadana y volcando al régimen hacia la transformación; y las cortes pueden ser simplemente agentes marginales, que ni facilitan, ni impiden la transición. Ejemplo de lo primero fue el rol asignado a las cortes, incluyendo al Tribunal Constitucional, con arreglo a la Constitución turca redactada por los militares en 1982; de lo segundo, la labor del Tribunal Constitucional italiano después de la Segunda Guerra Mundial; de lo tercero, la decisión de la Corte Suprema de Ucrania que ordenó, en 2004, repetir las elecciones fraudulentas en las que había sido declarado ganador el gobernante autoritario, impulsando la Revolución Naranja; una muestra de lo último se encuentra, en parte, en el Tribunal Constitucional ruso después de su restablecimiento en 1995⁶⁶.

⁶⁶ Tom Ginsburg, “Courts and New Democracies: Recent Works”, en *Public Law and Legal Theory Working Papers*, 388, 2012, pp. 2 y ss.

La jurisdicción constitucional, con tribunales constitucionales o sin ellos, según las tradiciones, realidades y sistemas, puede hallarse en cualquiera de estas situaciones. No es necesario que aquellos hayan precipitado la ruptura o la transición ni que sean siempre activistas o intervencionistas para que se justifique su introducción o conservación en el sistema constitucional. Basta con que pueda esperarse razonablemente que harán contribuciones relevantes para la democratización. De hecho, estas se producen generalmente en la fase de la transición posterior al quiebre de sistema, que luego culmina en la consolidación democrática.

III. ¿Qué hacer con la jurisdicción constitucional en Venezuela?

1. El diseño institucional de la jurisdicción constitucional

Es indudable que la reflexión sobre el destino de la Sala Constitucional y el diseño apropiado de la jurisdicción constitucional en Venezuela resulta pertinente. Numerosos estudios se han referido al rol jugado por la Sala Constitucional en el desmantelamiento de la democracia y del Estado de Derecho. Después de tantos años de graves desafueros cometidos por dicha Sala, existe consenso en que deben introducirse reformas en la jurisdicción constitucional, pero hay visiones diversas sobre la dirección concreta que aquellas deberían seguir.

Se entrecruzan en este debate muchos aspectos. Importa a mi juicio diferenciar entre premisas conceptuales preexistentes o coetáneos que fueron aprovechadas por la Sala Constitucional para desplegar su autoritarismo judicial y otros fundamentos específicos que fueron forjados por ella. Como justificación teórica, la Sala Constitucional fue instaurada principalmente para fortalecer el control de constitucionalidad de las leyes y el sistema de justicia constitucional, al establecerse una instancia jurisdiccional dedicada de manera especial a cumplir atribuciones relevantes de garantía constitucional y al preverse mecanismos de articulación entre la instancia última de la justicia constitucional y los jueces ordinarios, en lo concerniente al ejercicio por estos del control difuso de la constitucionalidad y de las competencias en materia de amparo constitucional. Por otra parte, ciertas ideas dominantes en el país al momento de la creación de la Sala Constitucional apuntalaban una jurisdicción constitucional muy ambiciosa desde el punto de vista competencial y poco dispuesta a someterse al marco constitucional explícito y mucho menos legislativo sobre sus atribuciones y su actuación procesal. Junto a esto concurrió la progresiva intensificación de la corriente autoritaria que motorizaba la jurisprudencia iliberal y antidemocrática de este órgano.

La Sala se colocó rápidamente por encima de las demás, sin duda en lo funcional, por más que dejara a salvo la igual jerarquía formal entre todas las Salas de un único TSJ. Expandió sobremanera sus facultades de revisión de sentencias y de declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Desvirtuó el sentido del efecto vinculante de las interpretaciones constitucionales emanadas de la

jurisprudencia de esa Sala, previsto en el artículo 335 de la Constitución, para convertirlo en la potestad de imponer en abstracto interpretaciones de la Constitución y para cercenar el campo legítimo de acción del juez ordinario en la interpretación constitucional. Mucho más habría que mencionar como parte de la voracidad competencial de la Sala Constitucional y a los aspectos procesales enunciados han de sumarse sus líneas jurisprudenciales sustantivas claramente autoritarias.

Lo que ha hecho la Sala Constitucional en todo este ciclo de dominación no puede explicarse considerando solamente premisas teóricas sobre la universalidad del control judicial de constitucionalidad o sobre la necesaria amplitud de los poderes de la Sala Constitucional, sino que es indispensable tener en cuenta el arsenal procesal y sustantivo específicamente autoritario desarrollado por dicha Sala⁶⁷. Nuestra Sala Constitucional no puede ser vista simplemente como un ejemplo descollante de la tendencia a la expansión global del poder judicial o de la jurisdicción constitucional, o de hiperconstitucionalización del ordenamiento jurídico. Estos paradigmas no hubieran dado lugar, por sí solos, al protagonismo autoritario que hemos padecido, sino que facilitaron la realización de esa degeneración deliberada de la institucionalidad democrática, con sus sustentos procesales y materiales propios⁶⁸. Este ha sido uno de los daños ocasionados por el proceso antidemocrático en marcha: que muchas instituciones resultan desquiciadas, desligadas del propósito constitucional al que deberían responder, para insertarse en otra lógica, dado el afán de actores del régimen de camuflarse bajo el ropaje democrático-constitucional a fin de cimentar la hegemonía personal e ideológica.

Todo esto ha de aquilatarse al efectuar un balance y propuestas para el futuro de la jurisdicción constitucional en Venezuela. Los enfoques autoritarios que hasta ahora han prevalecido deben ser evidentemente excluidos y las erróneas premisas competenciales y procesales corregidas o abandonadas, con las reformas normativas correspondientes, sin que ello implique necesariamente el rechazo a la existencia de una sala o tribunal constitucional.

No es insólito que se haya planteado la conveniencia de la supresión de la Sala Constitucional y de volver al sistema anterior, previsto en la Constitución de 1961, con posibles modificaciones. Este *paso atrás* sería, de acuerdo con las tesis que lo propugnan, no un retroceso sino una rectificación. Pero también se ha

⁶⁷ Véase Allan Brewer-Carías, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016; Jesús María Casal, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, UCAB, Caracas, 2017; Daniela Urosa Maggi, *ob. cit.*, pp. 44 y ss.

⁶⁸ Jesús María Casal, “La jurisdicción constitucional y la reconstrucción de la institucionalidad democrática”, en Jesús María Casal y Cecilia Sosa Gómez (Coord.), *ob. cit.*, pp. 23 y ss.

retomado, como antes se apuntó, la idea, ya presente al momento de elaborarse la Constitución de 1999, de crear un tribunal Constitucional, es decir, de dar un *paso adelante*, acompañado igualmente de correcciones.

Algunos podrían proponer que continúe en funcionamiento una Sala Constitucional, pero con modificaciones en su régimen competencial y procesal.

Desde luego, dada la necesidad de una transición a la democracia en Venezuela, que quien escribe asume como indispensable, cualquiera de esos planteamientos tendría que sustentarse en un cambio sustancial respecto de la misión o papel institucional de la jurisdicción constitucional, que pasaría, de mantenerse la Sala Constitucional, por una renovación en su composición, así como, en su caso, por una adecuada integración del posible Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema de Justicia que estuviere encargada de ejercer atribuciones de la jurisdicción constitucional. Las designaciones correspondientes tendrían que resguardar la independencia judicial, desconocida en el actual ciclo populista-autoritario, y basarse en las cualificaciones personales y profesionales.

La decisión sobre el diseño institucional de la jurisdicción constitucional estará en gran medida condicionada por los términos en que se produzca la transición política. Si esta es fruto de acuerdos políticos, como los que han pretendido lograrse en el proceso de diálogo y negociación de México, el tema de la Sala Constitucional y del Poder Judicial en general debería discutirse, en atención a lo dispuesto en el Memorando respectivo. En tal escenario, probablemente tendría preferencia la alternativa de mantener, con reformas de carácter legislativo, a una Sala Constitucional renovada. Ello en una primera fase, que podría culminar con una revisión más amplia de índole constitucional, en la cual serían consideradas las otras propuestas apuntadas.

Ya en 2005, después de hacer un balance de la actuación de la Sala Constitucional en esos primeros años, tuve oportunidad de referirme a la posibilidad de crear un Tribunal o Corte Constitucional⁶⁹, dada la evolución que

⁶⁹ “Esto conduce a replantear, como uno de los desafíos de nuestra justicia constitucional, el diseño institucional de la jurisdicción constitucional. Una vuelta al pasado, es decir, al modelo del control concentrado de la constitucionalidad en manos de un órgano no especializado como la Sala Plena, cuyos integrantes estén agobiados por los numerosos asuntos que deben atender sus respectivas Salas, habría que descartarla de plano. Pero tampoco sería plausible el mantenimiento de la actual regulación, por lo que cabe pensar en la posibilidad de instaurar franca y definitivamente un Tribunal o Corte Constitucional en Venezuela, superando así la ambigua situación en que nos encontramos, en la que una Sala del Tribunal Supremo de Justicia está claramente por encima de las demás, pese a tener todas teóricamente la misma jerarquía. Vista la dinámica jurisprudencial desarrollada hasta el presente, parece difícil volver al esquema de las Salas Constitucionales respetuosas del *status* jurídico de las demás, y resulta a la vez conveniente proponer un diseño institucional

había tenido la jurisprudencia de dicha Sala. Al haberse erigido esta en instancia superior revisora de toda clase de decisiones de las otras Salas y haberse distorsionado el esquema constitucional de relaciones entre ellas, incluyendo las de la Sala Constitucional con la Sala Plena, es razonable pensar, tal como entonces sostuve, en poner orden mediante la instauración de un Tribunal Constitucional, con competencias puntuales y bien delimitadas, según el principio de enumeración en la atribución de competencias reconocido en la jurisdicción constitucional europea⁷⁰. Esta es solo una opción para la discusión y un asunto secundario en comparación con la identidad institucional de la justicia y jurisdicción constitucional. En todo caso, estimo que una posible reforma de la jurisdicción constitucional debería mantener el sistema mixto o híbrido de justicia constitucional que ha caracterizado nuestra evolución constitucional, particularmente desde la transición a la democracia, con el largo intervalo dictatorial de 1948-1958⁷¹, aunque la vertiente difusa del modelo, hasta ahora adormecida o mutilada, debería robustecerse. Es importante, no obstante, conservar una alta instancia jurisdiccional especializada de jurisdicción constitucional. Un retorno sin ajustes al régimen de control existente durante la vigencia de la Constitución de 1961 y de las normas complementarias previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sería altamente inconveniente. Estas afirmaciones han de leerse junto a las otras que entonces expuse y que ahora reitero. En particular, es preciso subrayar que la discusión sobre el diseño institucional de la jurisdicción constitucional carece de sentido si no se inscribe en el horizonte de la misión propia de esa jurisdicción en una democracia constitucional, como factor de contención y control del poder político, de garantía de la separación de poderes y de los derechos humanos.

2. Pautas fundamentales para la reconstrucción de la jurisdicción constitucional

Sin perjuicio de algunas recomendaciones que ostentan singular relevancia para la fase de transición a la democracia, que seguidamente serán esbozadas, paso a enunciar someramente algunos planteamientos que he considerado capitales en relación con la renovación conceptual y funcional de la jurisdicción constitucional.

que ofrezca claridad y coherencia”; Jesús María Casal, “Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela”, en *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Estado de Derecho, administración de justicia y derechos humanos*, IEJEL, Barquisimeto, 2015, pp. 287 y ss.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 311.

⁷¹ Sabemos que, en teoría, el origen del sistema mixto en Venezuela se remonta al siglo XIX, pero interesa aquí hacer énfasis en el inicio de la transición a la democracia, por hallarse desde entonces algunas manifestaciones, aunque tímidas, del funcionamiento de una justicia constitucional.

A. Una jurisdicción constitucional para la libertad

Reafirmando ideas antes formuladas, es preciso insistir en que la jurisdicción constitucional tiene que asumir que su identidad se contrae a la defensa de la separación de poderes, de los pesos y contrapesos institucionales, de las oportunidades de participación democrática y de los derechos y libertades fundamentales. Conviene reiterar que: “el *ethos* o finalidad primordial de esta jurisdicción se encuentra...principalmente en la preservación de espacios de libertad que permitan el desarrollo de las potencialidades humanas, la actuación de las minorías y la fluidez del proceso democrático”⁷². En relación con este último cometido resulta pertinente aclarar que no comparto una visión puramente procedimental sobre la función de la jurisdicción constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes. Este control comprende igualmente aspectos sustantivos, referidos al contenido de los derechos fundamentales. No obstante, la perspectiva de la democracia procedimental ha de incluirse en el análisis de la constitucionalidad de las leyes, también en relación con el tratamiento de esos temas sustantivos.

En el marco del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para América Latina de la Fundación Konrad Adenauer estos temas se han discutido desde su creación, en el 2009, y entonces insistí en que era preciso robustecer en la región el tratamiento científico de las funciones institucionales de la jurisdicción constitucional, según lo expuesto en trabajos previos de perspectiva comparada o referidos a la situación constitucional venezolana. El propósito de este planteamiento es propugnar una comprensión de la jurisdicción constitucional que la perfila cada vez con más vigor como una jurisdicción constitucional de la libertad, como un conjunto orgánico y procesal destinado a resguardar la separación de poderes, el pluralismo político y social, la autonomía individual y los derechos fundamentales en general. De este modo, se sale al paso de corrientes que puedan preconizar una jurisdicción constitucional pretendidamente neutral, sin identidad funcional específica, o de aquellas puestas al servicio de una ideología meta-constitucional o de una dominación personal o autoritaria⁷³. La jurisdicción constitucional no está pensada simplemente para garantizar la supremacía de las normas constitucionales, sino específicamente a fin de resguardar aquello que es indispensable para que la esencia de una Constitución, la Constitución como tal, sea preservada: el constitucionalismo, con su prístina plasmación en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1798, junto a los aportes provenientes de los ulteriores procesos de democratización.

⁷² Jesús María Casal, “Los actuales...”, *ob. cit.*, p. 323.

⁷³ Jesús María Casal, “La jurisdicción constitucional y la recuperación...”, *ob. cit.*, p. 25 y ss.

Esta impronta funcional de la jurisdicción constitucional comparada es en buena medida tributaria de la instauración de los tribunales constitucionales europeos en la segunda posguerra, como reacción ante la incapacidad de los ordenamientos constitucionales de defenderse frente al avance autoritario o totalitario del fascismo o el nacionalsocialismo. Un aspecto capital de esta génesis se encuentra en la observación de los procesos de perversión de la institucionalidad, de socavamiento interno, que habían tenido lugar en Alemania e Italia, frente a los cuales los tribunales constitucionales eran ahora concebidos como máximos garantes de los pilares fundamentales de un orden democrático-constitucional y, por tanto, de los derechos inherentes al ser humano. Surgieron, pues, no como una pieza más de la ingeniería constitucional, sino con la misión específica de evitar la concentración y absolutización del poder del Estado y de mantener saludables los resortes o contrapesos orgánico-funcionales. Igualmente, para amparar los espacios públicos de debate y competencia democráticos y los de libertad individual y social.

B. Una jurisdicción constitucional sometida al Estado de Derecho

La Sala Constitucional catapultó su ambición de poderes apoyada en tesis extendidas al tiempo de su creación, que en su afán por superar el formalismo jurídico terminaron en parte apuntalando la desformalización o despositivización del orden procesal. Desde esa colina desplegó la Sala Constitucional sus alas para expandir sus atribuciones a expensas de la regulación constitucional y de principios procesales fundamentales. Lo hizo, importa repetirlo, no para proteger derechos humanos en casos concretos en que la sujeción a la literalidad de las normas hubiera imposibilitado su garantía, sino generalmente al margen de toda necesidad de tutela de derechos en una situación específica, señal esta inconfundible de su temprano autoritarismo judicial⁷⁴.

La nueva jurisdicción constitucional tiene que cimentarse en el Estado de Derecho, que debe hacer valer mientras da ejemplo sobre su observancia. Hay que abandonar el postulado de un poder genérico o residual de garantía de la Constitución al cual puede apelar la Sala Constitucional cada vez que lo estime necesario, con prescindencia de las disposiciones constitucionales o legales relativas a sus competencias. En su lugar ha de colocarse el principio de enumeración de las atribuciones⁷⁵ o, en otras palabras, de sujeción a los medios de impugnación⁷⁶. Debe respetarse la normativa procesal y las garantías del debido proceso.

⁷⁴ Jesús María Casal, “The Constitutional...”, *ob. cit.*, pp. 913 y ss.

⁷⁵ Jesús María Casal, “Los actuales...”, *ob. cit.*, p. 311.

⁷⁶ Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 215 y ss.

C. Una jurisdicción constitucional respetuosa de la separación de poderes y de la democracia

La Sala Constitucional ha desajustado la distribución constitucional del poder y ha vulnerado principios democráticos, pues ha rebasado los límites que debe observar en sus relaciones con el legislador. Esto ha ocurrido sobre todo en virtud del desarrollo de la que ha denominado jurisdicción normativa, que en realidad ha sido más bien una írrita legislación judicial. También ha sucedido a causa de la expansión indebida de sus facultades en materia de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Desde enero de 2016, además, dicha Sala emprendió una agresión frontal mediante sentencias contra las potestades legislativas de la Asamblea Nacional. No es posible entrar ahora en el análisis de todos estos desafueros jurisprudenciales, por lo que debo hacer una remisión a trabajos previos⁷⁷.

La Sala, Tribunal Constitucional o instancia equivalente debe ejercer una tarea de control jurídico-constitucional, que deje a salvo los campos legítimos de apreciación y decisión que corresponden al legislador. Ha de dar preferencia a las dinámicas y soluciones dialógicas ante la inconstitucionalidad, no a las alternativas unilaterales o anulatorias. No debe ser legislador positivo, porque nunca puede ser legislador y porque no le toca reemplazar al parlamento o congreso en la adopción de la elección política sobre el asunto en discusión. Tampoco debe ser un simple legislador negativo, porque la tesis kelseniana sobre el tribunal constitucional como legislador negativo está completamente superada⁷⁸, en especial porque la tarea de estos tribunales, o de altas cortes que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, se ha decantado como una verdadera jurisdicción, no solo en lo formal sino también materialmente, en contra de lo pensado por Kelsen, lo cual les ha llevado a apuntalar mediante sus sentencias fórmulas de construcción del Derecho a través de sentencias interpretativas. El dilema que creaba el modelo kelseniano, de obligar al juez a escoger entre la anulación de la ley o la desestimación del recurso, ha sido afortunadamente abandonado⁷⁹. Por otra parte, en ciertas situaciones la jurisdicción constitucional debe aportar criterios que permitan suplir provisionalmente una omisión legislativa, con base en la Constitución y sin rebasar los límites que esta traza, como lo demuestra la jurisprudencia constitucional comparada y la venezolana en materia de amparo, durante la vigencia de la Constitución de 1961.

⁷⁷ Jesús María Casal, *Asamblea Nacional...*, *ob. cit.*, pp. 23 y ss.; José I. Hernández G., “El asedio a la Asamblea Nacional”, en Allan Brewer-Carías, *Dictadura...*, *ob. cit.*, pp. 51 y ss.

⁷⁸ Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*, UCAB, Caracas, 2004, pp. 107 y ss.

⁷⁹ Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como...”, *ob. cit.*, pp. 483 y ss.

D. Vitalización de la vertiente difusa de nuestro sistema de justicia constitucional

Una tarea pendiente para la consolidación de nuestro sistema mixto de justicia constitucional consiste en dar operatividad al control difuso de la constitucionalidad. En la práctica esta modalidad de control ha sido escasamente empleada, incluso durante la vigencia de la Constitución de 1961. La Sala Constitucional ha comprimido, además, arbitrariamente, su ámbito de aplicación por los jueces ordinarios. Esto aunado al marco institucional de ausencia de independencia judicial, que dificulta severamente que los jueces osen ejercer ese control *motu proprio*, como prevé la Constitución. Esta situación debe cambiar, para hacer que nuestro sistema sea realmente mixto y, más aún, que en buena medida la labor de garantía de la integridad de la Constitución recaiga en los jueces y procesos ordinarios (art. 334 de la Constitución), con una instancia central jurisdiccional de impulso y coordinación. La experiencia comparada más reciente ilustra los riesgos de una justicia constitucional completamente centralizada, los cuales apuntan en una doble dirección: el de hacerla más visible como actor que debe ser neutralizado por el gobernante potencialmente autoritario; y el de hacer más fácil el proceso de ocupación política de la jurisdicción constitucional⁸⁰. Por otro lado, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema de justicia constitucional, existe evidencia concluyente según la cual este puede alcanzar un óptimo desempeño cuando se genera una colaboración constante entre los jueces ordinarios y la instancia de control constitucional concentrado. Un tribunal o sala constitucional está condenado al fracaso si pretende abarcarlo todo y tener siempre el protagonismo del desarrollo jurisprudencial de la Constitución. Es indispensable promover dinámicas de diálogo jurisdiccional y de construcción plural de la interpretación constitucional.

En el sistema venezolano, como en muchos latinoamericanos, la dimensión difusa del control de la constitucionalidad de las leyes está enlazada con la competencia descentralizada en materia de amparo constitucional. Esta debe ser igualmente propugnada.

E. La jurisdicción constitucional y su contexto institucional

Un aspecto clave en el debate sobre el papel institucional de la jurisdicción constitucional es que a menudo se incurre en el error de exigirle lo que ella por sí sola no puede lograr. Así, a veces se espera que la existencia de un tribunal o sala constitucional impida el desmantelamiento de la institucionalidad democrática y la instauración de una dominación autoritaria. La verdad es que difícilmente el poder judicial o jurisdiccional puede representar, por sí solo, una barrera infranqueable para un proceso autoritario en desarrollo. A menudo es capaz de contenerlo u obstaculizarlo, sobre todo en las primeras etapas de su manifestación,

⁸⁰ Jesús María Casal, “La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...”, *ob. cit.*, p. 58.

pero no de oponer una prolongada resistencia insuperable. No obstante, la jurisdicción constitucional, también con tribunales o cortes constitucionales, ha sabido librar luchas para cumplir sus funciones aun en esos contextos, lo cual le ha costado su propia supervivencia como factor independiente de control.

Lo importante es entender que la jurisdicción constitucional, bajo cualquier diseño organizativo, solo puede ejercer cabalmente sus funciones si se dan determinadas condiciones institucionales. Ella no puede ser el único actor responsable de garantizar los equilibrios y contrapesos entre los poderes, mientras estos se hallan alineados para llevar adelante una dominación iliberal y antidemocrática. Inevitablemente la jurisdicción constitucional va a ser una expresión de la salud o degeneración, de la fortaleza o debilidad del Estado democrático de Derecho. Puede haber desfases temporales, que hayan permitido conservar a una jurisdicción constitucional relativamente apegada a los postulados de esa forma política, en tanto que el resto del sistema se envilece aceleradamente. En estas circunstancias la jurisdicción constitucional podría detener por un tiempo el avance autoritario. Para evitar que la jurisdicción constitucional actúe en solitario en la defensa del orden constitucional y democrático hay que efectuar un diseño y delimitación de los poderes del Estado que favorezca de manera general y habitual los pesos y contrapesos, los equilibrios políticos, el pluralismo, el control del poder público y el respeto de la autonomía individual y social. A esto se suman temas de cultura política y de construcción de ciudadanía. Ninguna ingeniería constitucional es apta para descartar por completo un proceso de hegemonía autoritaria, pero esta visión de conjunto del sistema político es esencial al pensar en el rol de la jurisdicción constitucional en la democracia.

IV. Claves de la jurisdicción constitucional de la democratización

Para concluir este trabajo, presentaré algunas orientaciones sobre los pasos que pueden darse a fin de apuntalar la democratización:

1. Desmontar criterios procesales y sustantivos inconstitucionales y desplegar nuevos postulados interpretativos

La jurisdicción constitucional renovada puede impulsar la corrección de los criterios indebidamente establecidos por la Sala Constitucional a lo largo de estos años, e incluso declarar, dadas ciertas condiciones, la nulidad o inexistencia de decisiones arbitrarias adoptadas. Mientras se produce la depuración del poder judicial del régimen autoritario y su regeneración bajo los parámetros de un Estado de Derecho, esa jurisdicción puede adelantar tramos importantes de la tarea democratizadora.

Tal como he tenido oportunidad de señalar, en lo procesal habría que desechar: el acortamiento de las competencias de los jueces ordinarios en materia de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al haber sido limitadas al examen de la contradicción explícita o literal entre disposiciones legales y

preceptos constitucionales; la expansión indebida de la facultad de la Sala Constitucional de revisar las sentencias de otros tribunales de la República contemplada en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución; la ausencia de plazo alguno para su ejercicio y la prescindencia del contradictorio en el trámite respectivo; la tergiversación del sentido y alcance del efecto vinculante de las interpretaciones de la Constitución establecidas por dicha Sala, para reconducirlo a la dinámica de los precedentes y de la construcción plural de la jurisprudencia; el avocamiento de causas en trámite en otros órganos judiciales, ordenado por la Sala Constitucional, o por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia en el ámbito material correspondiente, por lesivo del derecho al juez natural; la solicitud directa de interpretación constitucional, como mecanismo usado para reescribir la Constitución o dirimir subrepticamente controversias subjetivas bajo el manto del carácter abstracto del asunto; y, en suma, la potestad que esa Sala se ha atribuido para admitir toda clase de pretensiones relacionadas con la pretendida garantía de la Constitución, sin sometimientos a pautas legislativas ni procedimentales⁸¹. Ello entre otros criterios gravemente inconstitucionales de la jurisprudencia de esa Sala.

En los aspectos sustantivos, habrá que desmontar las siguientes interpretaciones de la Constitución, que se mencionan a título puramente enunciativo: la inversión del propósito del artículo 23 de la Constitución para eximir a la Sala Constitucional y al Estado venezolano de cualquier control internacional en materia de derechos humanos y declarar inejecutables sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la desnaturalización del concepto de delitos de lesa humanidad; la mutilación del artículo 42 de la Constitución para viabilizar inhabilitaciones políticas que no se fundan en una sentencia penal condenatoria; el cercenamiento del derecho a la libre manifestación, al haberlo supeditado a la solicitud y emisión de una autorización previa; la conversión por sentencia de la Sala Constitucional en juez penal, infringiendo el principio de la legalidad, el derecho al juez natural y el debido proceso; el ensanchamiento de la noción de flagrancia para justificar privaciones policiales ilegítimas de la libertad; el desconocimiento de la libertad de asociación y del derecho a la libre participación política que supone fijar jurisprudencialmente requisitos internos de organización a las asociaciones sociales que aspiren actuar por medio de cauces

⁸¹ Jesús María Casal, “La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...”, *ob. cit.*, p. 76. En relación con algunas manifestaciones del agigantamiento competencial de la Sala Constitucional y los problemas que comporta *vid.* Luis Alfonso Herrera Orellana, “El ‘recurso de interpretación’ de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso”, *Revista de Derecho Público*, n. 113, Caracas, 2008, pp. 7 y ss.; José Vicente Haro, “La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional*, n. 2, Caracas, 2000, pp. 455 y 456; y Marianella Villegas Salazar, “Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, n. 84, Caracas, 2000, pp. 417 y ss.

institucionales de protagonismo ciudadano; la habilitación al Consejo Nacional Electoral, al margen de la Constitución, para regular el derecho político a cumplir la iniciativa popular de los referendos, como exigencia indispensable para la operatividad de ese derecho, lo cual sería aprovechado, con aquiescencia de la Sala Constitucional, para fijar barreras casi infranqueables; la admisión de supuestos de censura judicial y, en general, la imposición de condicionantes previos al ejercicio del derecho de libertad de expresión y de pautas obligatorias, judicialmente reclamables, sobre la línea editorial o el equilibrio informativo de los medios de comunicación; la devaluación de la libertad económica y demás derechos fundamentales al plano de un punto de vista que concurre en una ponderación abierta de bienes jurídicos y la relativización de la reserva legal en esa y otras materias; la afirmación de la prevalencia apriorística de los derechos calificados como colectivos sobre los derechos individuales; el uso de la categoría del Estado social para prescribir como constitucionalmente necesarios componentes o concepciones propias de la ideología socialista; el empleo de la idea del Estado de Derecho y de Justicia para socavar el primero; la negación de los riesgos que la reelección indefinida supone para la institucionalidad democrática en nuestro sistema presidencial; la aceptación de los decretos leyes orgánicos y de leyes habilitantes en toda clase de materias y de índole indeterminada; la construcción de la doctrina aberrante del supuesto desacato de la Asamblea Nacional como causa general invalidante de su actuación; la centralización de competencias constitucionales exclusivas de los Estados y la convalidación de elementos del Estado comunal; la supresión de la atribución constitucional de la Asamblea Nacional de aprobar o improbar (con eficacia jurídica no solo política) la declaración de los estados de excepción y de su prórroga; y el otorgamiento al Presidente de la República de la facultad de instalar una asamblea nacional constituyente, previa formulación por él mismo de las reglas de elección de sus integrantes, sin que el pueblo se hubiera pronunciado al respecto en referendo⁸², entre otros pronunciamientos arbitrarios⁸³.

⁸² *Vid.*, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional n. 1942 del 15 de julio de 2003; n. 1939 del 18 de diciembre de 2008; n. 1547 del 17 de octubre de 2001; n. 1712 del 12 de septiembre de 2001; n. 1265 del 5 de agosto de 2008; n. 276 del 24 de abril de 2014; n. 245 del 9 de abril de 2014; n. 263 del 10 de abril de 2014; n. 2580 del 11 de diciembre de 2001; n. 656 del 30 de junio de 2000; n. 2073 del 4 de agosto de 2003; n. 1013 del 12 de junio 2001; n. 1049 del 23 de julio de 2009; n. 1613 del 17 de agosto de 2004; n. 1309 del 19 de julio de 2001; n. 1488 del 28 de julio de 2006; n. 1716 del 18 de septiembre de 2001; n. 3 del 14 de enero de 2016; n. 808 del 2 de septiembre de 2016; n. 565 del 15 de abril de 2008; n. 269 del 21 de abril de 2016; n. 355 del 16 de mayo de 2017; n. 7 del 11 de febrero de 2016; n. 378 del 31 de mayo de 2017.

⁸³ En relación con las respectivas decisiones de la Sala Constitucional y los temas que abordan *vid.*, entre otros, Allan Brewer-Carías, *Dictadura...*, *ob. cit.*, pp. 107 y ss.; Jesús María Casal, “Los actuales...”, *ob. cit.*, 316 y ss.; Enrique Sánchez Falcón,

Simultáneamente, habría que sacar a la luz las nuevas orientaciones interpretativas, sustentadas en las pautas fundamentales antes expuestas. La jurisdicción constitucional debería acicatear desde el comienzo una actuación de todo el sistema de justicia constitucional en aras del logro de los propósitos de la transición a la democracia. La puesta en funcionamiento de un verdadero sistema mixto de justicia constitucional, cuyas bases se hallen en la actividad de la judicatura ordinaria, ha de ser un objetivo prioritario.

2. Algunas estrategias y herramientas útiles para la democratización

Son muchos los instrumentos jurisdiccionales que podrían implementarse desde una jurisdicción constitucional renovada a fin de facilitar la implementación de las orientaciones procesales y sustantivas antes apuntadas. Al respecto conviene considerar los tipos de fallos que podrían emplearse, las modalidades del discurso y los mecanismos judiciales aplicables. Además, es preciso tener en cuenta el marco jurídico internacional-constitucional que puede apalancar la transición a la democracia. Asimismo, han de introducirse apreciaciones de carácter estratégico y de análisis del contexto transicional que los jueces constitucionales no deben ignorar.

En primer lugar, ha de tenerse presente que las sentencias que se emitan en la fase de transición a la democracia poseerán con frecuencia un carácter aleccionador o pedagógico. Este ha sido un rasgo distintivo de la jurisprudencia constitucional en procesos de transición a la democracia arriba examinados⁸⁴. La jurisdicción constitucional no debe conformarse con la resolución de una controversia concreta, sin duda el aspecto esencial de la tarea jurisdiccional, sino que la forma en que aquella es dirimida y las razones que al hacerlo se aduzcan deben llevar y hacer visible la impronta de la recta administración de la justicia y de la apertura de espacios democráticos para el disenso, la participación ciudadana y la inclusión de los diversos actores políticos y sociales. En particular, tales decisiones han de llevar el sello de la garantía de los derechos inherentes a la persona, como fundamento de legitimación filosófico-política de la autoridad estatal. La libertad y la dignidad del ser humano trazan límites al ejercicio del poder público que la jurisdicción constitucional debe enfatizar, especialmente cuando se ha vivido un proceso de sujeción arbitraria de sus derechos básicos a los intereses gubernamentales y de negación de su autonomía individual, en virtud de la estatización o regulación abusiva de muchas esferas de la actividad económica, del manejo clientelar de programas sociales y de la imposición de una ideología.

Estado comunal y Estado federal en Venezuela: ¿son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2017; Antonio Canova González y Luis Alfonso Herrera Orellana, *¿Expropiaciones o Vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, FUNEDA/UCAB, Caracas, 2009.

⁸⁴ Luis Aguiar de Luque y Pablo Pérez Tremps, *ob. cit.*, pp. 18 y ss.

La experiencia comparada antes esbozada enseña que los tribunales constitucionales pueden motorizar un replanteamiento conceptual que coloque a la persona, sus derechos y su libertad en el centro del sistema constitucional⁸⁵. No en el sentido de que tales tribunales o los jueces constitucionales pretendan hacer valer jurisprudencialmente sus propias convicciones o las visiones políticas predominantes tras el cambio de régimen. Se trata más bien de segar con los instrumentos de la jurisdicción constitucional la maraña de criterios autoritarios y de postulados ideológicos que se apoderaron del espacio público de deliberación racional para suprimir el pluralismo y que sometieron al ser humano a una creciente vulnerabilidad en la titularidad y goce de derechos civiles, políticos, económicos y socioculturales, a fin de subyugarlo y de despojarlo de la fuerza cívica necesaria para arrostrar excesos gubernamentales.

De allí que sea importante preguntarse acerca de la clase de sentencias que sería aconsejable emplear en esa etapa. En consonancia con lo afirmado, el discurso constitucional, que tiende a diferenciarse del que es habitual en los procesos ordinarios⁸⁶, ha de ser construido teniendo en cuenta el auditorio de la sociedad democrática al que también deben estar dirigidos los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional. Preservando el rigor de la argumentación jurídica, componente indispensable de la legitimidad de su obrar⁸⁷, la jurisdicción constitucional ha de abrir el lenguaje para acceder a un público más amplio que el de los expertos constitucionalistas, de manera que se pongan de relieve, cuando corresponda, los principios democráticos y del Estado de Derecho que sustentan las decisiones adoptadas, así como la significación de los derechos humanos protegidos. Esta contribución a la promoción de una cultura de la democracia constitucional es primordial para una sólida democratización. Lo dicho presupone que el proceso constitucional esté igualmente permeado por las voces diversas del pluralismo político, social y cultural. La celebración de audiencias públicas, las oportunidades para la presentación de *amicus curiae*, e incluso la disposición a incorporar al proceso las opiniones de expertos referidas a las bases fácticas o empíricas de la medida controvertida son recomendables a los fines indicados.

La jurisdicción constitucional deberá no solo asumir un talante y un comportamiento diferente respecto de los asuntos que sean sometidos a su conocimiento en la etapa de recuperación institucional, sino que está obligada a enfrentar rémoras o paradigmas del pasado autoritario. Así como lo hizo la Corte

⁸⁵ Peter Häberle, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en Josef Isensee y Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, T. II, Müller, Heidelberg, 2004, pp. 323 y ss.

⁸⁶ Víctor Ferreres Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009, pp. 36 y ss.

⁸⁷ Christoph Möllers, “Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts”, en M. Jestaedt y otros, *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, Berlín, 2011, pp. 281 y ss.

Constitucional italiana en su etapa inaugural respecto de leyes del fascismo, lo cual le ayudó a obtener autoridad, la jurisdicción constitucional venezolana ha de derribar los pilares del derecho antidemocrático que rigió durante varios años, lo cual se proyecta sobre la legislación, los decretos leyes y los pronunciamientos judiciales. En relación con estos últimos, un mecanismo que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, en circunstancias de normalidad, y que sería de provecho para la transición venezolana es la declaración de la nulidad de sentencias proferidas por la propia Corte. Bajo causales muy estrictas, sumamente excepcionales, esta se considera facultada para declarar la nulidad de sus decisiones de revisión de las tutelas dictadas por los tribunales, pese a que normativamente se prevé que contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Aunque esta última es todavía la regla general, jurisprudencialmente ha sido creado el “incidente extraordinario de nulidad”⁸⁸ que es posible plantear ante la propia Corte, dentro del breve plazo y demás condiciones de forma y de fondo establecidas. Cierta analogía con este mecanismo guarda la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de determinar la ausencia de efecto jurisprudencial vinculante o de precedente de lo dispuesto en una sentencia abiertamente inconstitucional previamente emitida por ella misma, la cual sin embargo no fue anulada⁸⁹. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional peruano ha admitido en determinados supuestos la posibilidad de declarar la nulidad de sus propias decisiones⁹⁰.

Mutatis mutandis cabría acudir a una solución procesal similar en Venezuela⁹¹, en relación con sentencias de la Sala Constitucional que hayan socavado, adulterado o demolido, todo ello ha sucedido, elementos esenciales de la institucionalidad democrática⁹² y cuya eventual pervivencia en el orden democrático-constitucional por emerger debe ser explícita y razonadamente rechazada, en la forma discursiva antes señalada. Pienso en decisiones como las referidas en el apartado anterior. Las causales versarían sobre vicios muy graves en que haya incurrido la Sala Constitucional en las sentencias correspondientes, al haber sido estas piezas principales del desmantelamiento de ese marco democrático, incluyendo las graves violaciones a derechos humanos. El contenido

⁸⁸ Vid. un resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al respecto en su sentencia SU116/18, del 8 de noviembre de 2018.

⁸⁹ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18 de Octubre del 2006, expediente 2395-2006.

⁹⁰ Eloy Espinosa-Saldaña, “El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Cosa Juzgada Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, N° 9, 2016, pp. 23 y ss.

⁹¹ Jesús María Casal, “La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...”, *ob. cit.*, p. 81.

⁹² Reflejados en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

de tales decisiones autoritarias y su origen en actuaciones que no merecen el calificativo de jurisdiccionales, como tampoco la instancia de la cual emanan, aconsejarían hablar en estos casos de una acción o incidente de declaración de inexistencia de la sentencia. Por otra parte, la Sala Constitucional podría servirse en una fase inicial, con garantías del debido proceso, de la facultad de revisión de sentencias, cuando se trata de situaciones también graves y excepcionales vinculadas con decisiones firmes de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia o de tribunales ordinarios.

En este contexto de regeneración jurisprudencial puede ser también plausible propugnar un reconocimiento y desarrollo de los precedentes que reivindicuen el estándar más alto de garantía de derechos fijado por la jurisprudencia constitucional, bajo una lectura dinámica de la misma, como se ha aceptado en algunos sistemas⁹³, de modo que sea posible remontarse incluso a criterios de la antigua Corte Suprema de Justicia, cuando tengan esa condición o contribuyan a la formación del estándar, con el fin de subrayar la perspectiva de acumulación histórica en el forjamiento de la democracia, sin perjuicio de que sobre esas bases se edifiquen otras interpretaciones o elaboraciones conceptuales.

Finalmente, una institución llamada a adquirir una significación estelar en la reconstrucción democrática es el control de convencionalidad y, en general, la apertura a la protección internacional de los derechos humanos. El sistema interamericano ha jugado un papel notable en procesos de restablecimiento democrático, ya que la observancia de las decisiones ya dictadas por los órganos internacionales correspondientes y pendientes de aplicación implica de entrada un reacomodo institucional que, junto a los distintos medios de reparación de las violaciones a derechos humanos perpetradas, marca la evolución ulterior de los acontecimientos⁹⁴. En el caso venezolano, como en otros países de la región, la degeneración autoritaria se ha traducido en la resistencia a cualquier modalidad eficaz de control o limitación del poder gubernamental, lo cual condujo prontamente a la desatención o inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y luego a la ruptura con el sistema y a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La recuperación de la democracia debe llevar al inmediato cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana o de las decisiones de la Corte Interamericana que han sido ignoradas, al igual que de los informes u observaciones de otros

⁹³ Es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, recogida entre otras en la sentencia 0015/2018-S4, del 23 de febrero de 2018. Lamentablemente este órgano se ha apartado de su misión constitucional y ha terminado invocando los derechos humanos para socavar el Estado democrático de Derecho.

⁹⁴ Respecto de la experiencia peruana tras la caída de Fujimori *vid.* Domingo García Belaunde y Francisco Eguiguren Praeli, “La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005”, *Estudios constitucionales*, v. 6, n. 2, Santiago, 2008, pp. 371 y ss.

organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos, y la jurisdicción constitucional puede ganar autoridad comprometiéndose desde el principio con la plena reinserción de Venezuela en el sistema interamericano. No es este el lugar para analizar los caminos que han de seguirse para lograr esa reinserción, sin perjuicio de que esta puede ser favorecida por una jurisdicción constitucional renovada⁹⁵. Lo que se quiere subrayar es que la jurisdicción constitucional ha de empeñarse en el pronto y pleno cumplimiento de decisiones hasta ahora soslayadas y ha de robustecer su propia posición institucional en la garantía de los derechos humanos impulsando o exigiendo las reformas indispensables en el ámbito de la carrera judicial e involucrándose en la implementación de sentencia de la Corte Interamericana en este y en los demás asuntos referidos a Venezuela que han sido abordados por la jurisprudencia interamericana. Su participación en el control de convencionalidad y en el diálogo jurisdiccional es también otra tarea altamente promisoría.

La consideración del contexto transicional será ineludible para la nueva jurisdicción constitucional. La velocidad o intensidad y el modo de la adopción de los cambios jurisprudenciales esbozados dependerá en alguna medida del arreglo institucional concomitante, de las relaciones de poder existentes. Es indispensable desde luego que la recomposición de la Sala Constitucional, si esta subsiste, y las demás transformaciones políticas, tengan la profundidad suficiente para que pueda hablarse de una transición a la democracia y no de un movimiento dentro del mismo sistema de dominación. Dada esta condición, puede haber soluciones de distinto alcance democratizador. Todo esto ha de tenerse en cuenta, para evitar caer en los errores cometidos por la jurisdicción constitucional en algunos de los procesos antes examinados. Ello seguramente influiría en las formas de adjudicación, que podrían ser a menudo integradoras o transaccionales, hasta donde el mandato democratizador lo permita.

⁹⁵ Que estaría llamada a declarar la inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la de la Carta de la Organización de Estados Americanos, sin perjuicio de los pasos que deban darse en el ámbito internacional para dejar sin efecto los actos correspondientes, como una nueva ratificación de esta Convención, con eficacia hacia el pasado, como la ya aprobada por la Asamblea Nacional electa en 2015.

LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999*

Margarita Escudero León **

SUMARIO

I. Estado de Derecho. II. Elementos que integran el Estado de Derecho. A. Principios de legalidad. B. Principio de separación de poderes. C. Principio de respeto a los derechos fundamentales. D. Principio de tutela judicial. E. Principio de garantía patrimonial. III. El Estado de Derecho en la Venezuela actual.

I. Estado de Derecho

Entre el siglo XV y el siglo XVIII se consolida en Europa el llamado Estado Absoluto, caracterizado por la concentración de todos los poderes en la figura del monarca, poderes estos que no estaban sometidos a la ley. Es con ocasión de la Revolución Francesa que se crea un nuevo tipo de Estado, el cual queda sometido a la ley como manifestación de la voluntad popular y el cual la doctrina alemana pasa a denominar Estado de Derecho.

El sometimiento del poder al Derecho tiene sus antecedentes en Inglaterra, bajo la denominación de *rule of law*, siendo que con ocasión de la Gloriosa Revolución de 1688 se impone la separación de poderes entre el Parlamento y el monarca, sometiendo al Estado a la autoridad de la ley.

* Este artículo es una ampliación de un estudio publicado en el Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios 2016-2017 y cuya primera versión fue originalmente preparada como guía para mis clases de Derecho Constitucional. Es un honor para mí participar con este artículo en este merecido homenaje a la destacada trayectoria académica y profesional del profesor Humberto Romero-Muci.

** Abogada *cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, con Maestría en Derecho de la Universidad de Harvard y Doctorado en Derecho, con mención honorífica, de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Socia Principal del despacho de abogados Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez.

Como consecuencia de esa concepción, la independencia estadounidense acoge en su marco constitucional el concepto de Estado de Derecho.¹

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (en lo adelante la Constitución de 1999) establece en su artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. Dicha definición constitucional de Estado abarca cuatro caracterizaciones del Estado venezolano, como son: Estado Democrático, Estado Social, Estado de Derecho y Estado de Justicia. Cada una de dichas caracterizaciones, también llamadas cláusulas, tiene sus alcances y contenidos que se integran y complementan para dibujar las características del Estado previsto constitucionalmente. Estas reflexiones abarcarán sólo una de dichas cláusulas, como es la del Estado de Derecho.

Si bien la primera comprensión del Estado de Derecho atendía al mero sometimiento del Estado a unas normas jurídicas, la evolución de dicho concepto ha exigido el respeto del Estado a valores, principios y derechos fundamentales, en lo que se llama un Estado de Derecho material en oposición a un Estado de Derecho formal. Así, la doctrina constitucional moderna reconoce que el Estado de Derecho, entendido como el sometimiento pleno de éste a la ley y al Derecho, se estructura en base a cinco principios fundamentales como son: i) el principio de legalidad, ii) el principio de separación de poderes, iii) el principio de respeto a los derechos fundamentales, iv) el principio de tutela judicial y el v) principio de garantía patrimonial. Analicemos cada uno de ellos desde el punto de vista teórico para finalmente reflexionar brevemente sobre cuánto de dichos principios consigue vigencia en la realidad actual venezolana.

II. Elementos que integran el Estado de Derecho

A. Principio de legalidad

El primer principio de la cláusula del Estado de derecho es el principio de legalidad, sobre el cual se constituyó originariamente el concepto de Estado de Derecho. Sus orígenes doctrinales más claros se remontan a los siglos XVII y XVIII. Así, John Locke, primer teórico de la separación de poderes, califica al Poder Legislativo como un poder supremo, por ser la ley el instrumento para lograr el “fin sumo de los hombres, al entrar en sociedad [como] es el goce de sus propiedades en seguridad y paz”.²

Para comprender la existencia del principio de legalidad como reacción a los Estados Absolutos, es importante comentar la concepción de Jean-Jacques

¹ José Peña Solís, *Lecciones de Derecho Constitucional General*, Volumen I, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 283-285.

² John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (Primera edición inglesa, 1690), Editorial Porrúa, México, 1998, p. 79.

Rousseau, escritor y filósofo suizo, nacido en Ginebra en 1712, contenida en su famosa obra *Du Contrat Social*, cuya publicación apareció en el año 1762. Rousseau postula la subordinación del Estado a la ley, manifestación de la voluntad soberana. Para ello parte de la idea de un pacto o contrato social, en el cual se llegue a una forma de asociación que permita que los individuos se mantengan tan libres como antes de la creación del Estado, lo cual logran a través de la autoregulación de sus conductas, es decir, a través de su sometimiento a la ley como expresión de la voluntad general. En palabras de Rousseau:

Lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y está a su alcance; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no engañarse en estas compensaciones, hay que distinguir bien la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general [. . .]

[E]l impulso del simple apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad.³

Concluye Rousseau señalando: “La primera y más importante consecuencia de los principios que acabamos de exponer es que la voluntad general es la única que puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución, que es el bien común”.⁴ Y sobre la ley apunta:

Con el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político; ahora se trata de darle, con la legislación, movimiento y voluntad [. . .]

[. . .]

[N]o hay que preguntar a quién corresponde hacer leyes, puesto que éstas son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, puesto que es miembro del Estado; [. . .]

[. . .]

Llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea su forma de administración; pues sólo entonces gobierna el interés público y la cosa pública representa algo [. . .] El pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas; sólo a los que se asocian corresponde reglamentar las condiciones de la sociedad.⁵

Vemos pues la preponderancia que Rousseau da a la ley y a la función de legislar como expresión soberana de la voluntad general, así como a la unidad del poder.

³ J.J. Rousseau, *El Contrato Social*, (Primera edición original 1762), Ediciones Orbis, S.A., España, 1971, p. 169.

⁴ *Ibid.*, p. 173.

⁵ *Ibid.*, pp. 181 y 183.

Esta concepción tendría especial repercusión en Europa donde la preeminencia de la ley y del Parlamento sería condición esencial para la existencia de un Estado de Derecho.

Ahora bien, el principio de legalidad, acogido por el Estado Moderno, y entendido como el sometimiento del Poder Público a la ley se ha formulado de distintas maneras, por lo que se habla de la tesis de la vinculación positiva, la tesis de la vinculación negativa y la tesis ecléctica. La primera es formulada por los franceses y comprende el principio de legalidad como el sometimiento pleno de la Administración Pública a la ley, por lo que sin norma expresa previa que lo autorice la Administración Pública no puede actuar. La segunda tiene su origen en Alemania y comprende el sometimiento de la Administración Pública a la ley en el sentido de que ésta puede hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por la ley. Doctrinariamente se ha planteado también la tesis ecléctica que pretende armonizar ambas posturas a través de la “vinculación positiva” en los actos que generan cargas o gravámenes a los administrados y de la “vinculación negativa” en los actos o actuaciones que beneficien o generen derechos a los particulares. La tesis de la vinculación negativa fue fuertemente cuestionada y abandonada después de la segunda guerra mundial, siendo en la actualidad la de mayor acogida la tesis de la vinculación positiva.⁶

En Venezuela, el artículo 7 de la Constitución, al establecer la soberanía constitucional, señala que “[l]a Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.” Por su parte, el artículo 137 constitucional, que se reconoce como el principal consagrador del principio de legalidad, señala: “Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.” Asimismo, el artículo 141 señala que la Administración Pública se encuentra “en sometimiento pleno a la ley y al Derecho.” Los citados artículos constitucionales evidencian con claridad el mandato del Constituyente a que el ejercicio del Poder Público se haga en estricta sujeción a la norma jurídica y al Derecho. Veamos cada uno de estos elementos.

En primer lugar, la norma jurídica atiende a cualquier producción normativa, indistintamente de su emisor o del grado en que se encuentre dentro de la jerarquía normativa. Por ello el ejercicio del Poder Público se encuentra tan sometido a la Constitución como a normas de inferior jerarquía. Entendiendo que, ante eventuales contradicciones normativas, la norma superior vinculará con mayor fuerza al Poder Público, que la norma de inferior jerarquía. Sobre este tema el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia del 4 de febrero de 2009, ha señalado:

⁶ José Peña Solís, *ob. cit.*, pp. 306 y ss.

Con relación al principio de legalidad esta Sala indicó en sentencia N° 01441 del 6 de junio de 2006, lo siguiente:

“Así, doctrinariamente se ha venido admitiendo que el referido principio comporta un doble significado, a saber: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad.

De acuerdo a lo indicado, la legalidad representa la conformidad con el derecho, en otros términos, la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Estado.⁷

En lo que respecta a este tema del alcance de la sujeción y naturaleza de la vinculación del Poder Público al Derecho, la Ley Orgánica de la Administración Pública⁸ reitera en su artículo 4 que:

La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

Dicho artículo confirma no sólo la sujeción del Poder Público venezolano al “bloque de legalidad” (en denominación de Hauriou) incluyendo todas las normas jurídicas, sino también la “vinculación positiva” que caracteriza el principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, es importante comentar el hecho de que nuestra Constitución somete el ejercicio del Poder Público tanto a la ley como al “Derecho”. Dicha precisión es fundamental para comprender que el Estado no sólo debe actuar apegado a la norma jurídica sino también a valores constitucionales y principios generales del Derecho que, aunque no estén positivizados, se constituyen en fundamentos inspiradores del Derecho y que en consecuencia y paralelamente emanan de la propia valoración que del ordenamiento jurídico se hace.

⁷ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia del 4 de febrero de 2009, caso Transeguro, C.A. de Seguros, consultada en: www.tsj.gov.ve; Internet.

⁸ Venezuela. Decreto No. 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en Gaceta Oficial No. 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia (en sentencia del 15 de mayo de 2008), el cual expresamente ha incorporado al “bloque de legalidad” los principios y valores del sistema jurídico venezolano, así como principios de validez universal.

El poder estatal no solo ha de ejercerse con respeto de la legalidad formal, sino también de la legalidad material, esto es, de los valores contenidos en las normas, principios y valores superiores del sistema, los cuales está obligado a desarrollar como uno de sus objetivos esenciales. Contrario sensu, no se habría superado el estado formal de derecho y por tanto, tampoco el positivismo ideológico.

Pero si la Constitución es norma de normas no solo en sentido formal positivista, sino también en el sentido material de sus contenidos de valor, no hay ni puede haber en su seno norma alguna que valga contra los preceptos, principios y valores constitucionales, aunque también estos deban acoger los valores de ciertos principios mínimos de validez universal (Principios Generales del Derecho, Derechos Humanos Internacionales, Derecho Internacional Humanitario).⁹

Otro elemento importante a valorar en el alcance y contenido del principio de legalidad es la posibilidad que el Poder Público actúe con cierto margen de libertad o discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, permitiéndose así que diversas actuaciones públicas puedan ser legales y legítimas ante un único supuesto, de acuerdo con el “bloque de legalidad” que las rige. El Tribunal Supremo de Justicia sobre este tema ha señalado:

Al analizarse detenidamente el contenido del principio tratado, se evidencia la existencia de dos intereses considerados como contrapuestos en el desarrollo de la actividad administrativa: por una parte, la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra los eventuales abusos de la Administración; y por la otra, la exigencia de dotar a ésta de un margen de libertad de acción.

En este sentido, si bien es cierto que se debe evitar la posibilidad que se produzcan actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad administrativa, siendo para ello preciso que ésta se encuentre supeditada a una serie de reglas jurídicas, no es menos cierto que tal sujeción no debe ser excesiva, al punto que se impida un normal desenvolvimiento de la actividad administrativa, lo que de igual forma causaría graves perjuicios a los administrados. Así las cosas, es entendido que la oportunidad de adoptar determinadas medidas, por parte de la Administración, no siempre puede precisarse por vía general anticipadamente, sino en el momento específico en que cada caso concreto se presente.¹⁰

⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 15 de mayo de 2008, caso Rafael Vásquez, consultada en: www.tsj.gov.ve; Internet.

¹⁰ Sentencia de fecha 4 de febrero de 2009, antes citada.

De la anterior cita jurisprudencial se evidencia la necesidad de dotar al Poder Público de un margen de libertad en el ejercicio de determinadas competencias. Dicho margen de libertad o discrecionalidad es mayor en la medida que el órgano o ente del Poder Público esté actuando en mayor o menor cercanía al texto constitucional. Es por ello que la función normativa del Poder Legislativo, en ejecución directa e inmediata del texto constitucional, goza del mayor margen de discrecionalidad, siendo que su actuación se encuentra supeditada solo a los lineamientos establecidos por las normas y principios constitucionales e internacionales, vigentes en el país. En el caso de la Administración Pública, su actuación ordinariamente está supeditada a un bloque normativo mayor y más detallado que consecuentemente determina con mayor precisión su forma de actuación. Sin embargo, ni la discrecionalidad legislativa ni el otorgamiento por parte de la ley, a la Administración Pública, de potestades con elementos discrecionales (que le permiten escoger su conducta entre distintas opciones válidas) se constituye en una violación o excepción al principio de legalidad. Por el contrario, las potestades que se ejercen con elementos de discrecionalidad lo hacen porque la propia norma faculta dicho margen de libertad, siendo que es el propio legislador el que ha considerado como más conveniente otorgar dicha libertad. Esta libertad no es absoluta ni puede ser ejercida de forma arbitraria, visto que está sometida, además de a los límites que la ley establece, a los principios generales del Derecho, siendo muy importantes en este punto los principios de proporcionalidad y racionalidad en la actuación pública.

B. Principio de separación de poderes

Ha habido un reconocimiento de la existencia de distintas funciones públicas desde la antigüedad. Sin embargo, el principio de separación de poderes atiende a una idea nueva en el mundo filosófico, político y jurídico, como es la de dividir el poder público entre diversos órganos, para evitar los abusos y excesos por parte de los detentadores de dicho poder.

Recordemos que desde finales del siglo XVI y hasta el siglo XVIII se desarrolla principalmente en Europa un fenómeno general denominado absolutismo. La noción de absolutismo atiende principalmente a que el rey, como jefe máximo del poder público, sólo rinde cuentas ante Dios, no está sometido a ninguna autoridad exterior, detenta un poder supremo, y en él se concentran todos los atributos de la potestad estatal. Del rey, pues, emanaban todos los poderes. Así, al rey pertenece el poder de hacer la ley, gobierna y administra personalmente y a través de agentes dependientes de él, y ejerce la función jurisdiccional a través de jueces delegados por él.

Es precisamente como reacción a ese Estado Absoluto que el principio de separación de poderes se convierte en un dogma del Estado de Derecho.

John Locke, filósofo inglés nacido en 1632, cuyas concepciones resultaron en la Gloriosa Revolución inglesa de 1688 -en que el Parlamento se convierte en supremo y el rey en subordinado-, se constituye en el primer doctrinario que se

pronuncia a favor de la limitación del poder del Monarca y la declaratoria de la supremacía del Parlamento. En *The Second Treatise of Civil Government* de sus *Two Treatises of Government*, aparecido en 1690, señala la necesaria limitación del poder, visto que los hombres no abandonarían el estado de la naturaleza para someterse a gobiernos arbitrarios. Locke desarrolla la idea de la distribución de funciones, entre las cuales menciona la función de legislar, la función de juzgar, la función de ejecutar las leyes en el orden interno y la función de usar la fuerza en el exterior para amparar a la comunidad frente a agresiones externas.¹¹

Asimismo, es importante destacar que, en Inglaterra, país de donde Locke es originario, la separación de poderes había empezado a practicarse en cierta medida por razones propiamente históricas. Tal como señala Carré de Malberg:

[La separación de poderes] [f]ue el producto de la lucha secular sostenida por el Parlamento inglés contra la potestad real, con objeto de limitar los derechos de la Corona mediante esas dos asambleas, consideradas como representantes del pueblo inglés. El resultado de esta lucha fue, especialmente después de la revolución de 1688, el establecimiento de cierto equilibrio de potestad entre la realeza y las Cámaras, que se obtuvo, especialmente, por medio de una distribución entre dichos órganos de los poderes legislativo y gubernamental.¹²

Sin embargo, es Charles-Louis de Secondat, barón de La Brède y de Montesquieu, escritor francés nacido en 1689, el que formula la teoría de la separación de poderes. En su conocida obra *L'Esprit des Lois*, publicada en 1748, señala que la libertad sólo puede conseguirse a través de la limitación del poder por el propio poder, por lo que éste no podía estar en manos de la misma persona o grupo de personas. En este sentido señaló:

La libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites.

Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder.¹³

¹¹ John Locke, *ob. cit.*, p. 76.

¹² Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 743-744.

¹³ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Volumen I, Ediciones Orbis, S.A., España, 1984, p. 142.

Del análisis que hace del funcionamiento del gobierno en Inglaterra,¹⁴ Montesquieu señala como clave para el equilibrio político la división de poderes. Sobre el particular señala:

Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

[. . .]

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.¹⁵

Así, Montesquieu considera fundamental para asegurar la libertad política la existencia de tres tipos de poderes, los cuales habrían sido ya delineados por Locke. Sin embargo, a diferencia de Locke, el poder ejecutivo, según Montesquieu, incluye a los poderes ejecutivo y federativo de Locke y le da rango de poder a la función judicial. Lo innovador en la teoría de Montesquieu consiste en la necesaria separación en diferentes manos de los tres poderes que identifica en el Estado, así como la igualdad e independencia entre ellos y las necesidades de control de una rama del poder sobre la otra.

Las concepciones de Locke, Montesquieu y Rousseau fueron piedras angulares de las Revoluciones americana y francesa. Influyeron en estas revoluciones de distinta manera, pero conllevaron a la creación de un tipo de Estado caracterizado por una separación de poderes, en distintas manos, que se controlaban y colaboraban entre sí y cuyo ejercicio debía sujetarse a los designios de la ley.

La Constitución estadounidense de 1787 es la primera que se fundamenta en el principio de separación de poderes. Señala que el Poder Legislativo estará en cabeza del Congreso, el Poder Ejecutivo en cabeza del Presidente de la República y el Poder Judicial en una Corte Suprema y en cortes inferiores.

¹⁴ El sistema inglés, más que un sistema de separación de poderes en el sentido tradicional, es un sistema de reparto de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, en que sus titulares están unidos a través de estrechos vínculos, conocido hoy como régimen parlamentario.

¹⁵ Montesquieu, *ob. cit.*, pp. 143-147.

James Madison, político norteamericano nacido en 1751, en el escrito 47 de las páginas de “El Federalista”¹⁶, había reiterado la importancia de la separación de poderes en el Estado que nacía. Señaló en este sentido que “[t]he accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, selfappointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.”¹⁷ Sin embargo, consideró que Montesquieu, al establecer su teoría de separación de poderes, “did not mean that these departments ought to have no PARTIAL AGENCY in, or no CONTROL over, the acts of each other.”¹⁸ En consecuencia, justifica los controles que las ramas del nuevo gobierno estadounidense van a ejercer una sobre otra, fundamentado además en las realidades constitucionales de diversos estados de la unión.¹⁹

En efecto, de la lectura de la Constitución estadounidense, así como de las Constituciones estatales previas a ésta, se evidencia la implementación de un principio de separación de poderes que pasa necesariamente por la distribución del poder entre diferentes órganos, así como el ejercicio de controles entre una y otra rama del Poder Público.

Por su parte, en Francia, el principio de separación de poderes fue concebido e implementado en una forma más rígida que como fue concebido en la Constitución estadounidense. El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señaló que “[t]oute société dans laquelle . . . la séparation des pouvoirs [n’est pas] déterminée n’a point de constitution”.²⁰ La forma en que fue concebido este principio de separación de poderes impedía la interferencia de un poder sobre el ejercicio del otro, privando de toda comunicación a una rama con la otra, tal como se evidencia de la Constitución de 1791 y la del Año III. América Latina fue muy influida por el principio de separación de poderes en su concepción estadounidense. En Venezuela, ya desde la Constitución de 1811 se previó tanto la distribución vertical del poder, como su

¹⁶ Artículos de prensa que fueron publicados por Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, integrantes de la Convención Constituyente, buscando apoyo para la ratificación de la Constitución estadounidense.

¹⁷ James Madison, *The Federalist* No. 47, disponible en página web de la Biblioteca del Congreso estadounidense, www.loc.gov; Internet: “[l]a acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, bien sea de uno, de algunos, o de muchos, y bien sea hereditario, nombrado por sí mismo, o elegible, puede con justicia ser declarado la propia definición de tiranía.” Traducción nuestra.

¹⁸ *Ídem*: “no significó que estos departamentos no deben tener ACCIÓN PARCIAL en, o ningún CONTROL sobre, los actos de cada uno.” Traducción nuestra.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ “[t]oda sociedad en la cual . . . la separación de los poderes [no esté] determinada, no tiene Constitución”. Traducción nuestra.

distribución horizontal, entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.²¹ Dicho principio ha sido mantenido en todas nuestras Constituciones, incluyéndose en la Constitución de 1999 dos nuevos poderes: el Ciudadano y el Electoral. El artículo 136 de nuestro texto constitucional señala:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.²²

Nuestra norma constitucional evidencia: (i) unidad del Poder Público; (ii) división de órganos con funciones propias -legislativa, de gobierno, administrativa, judicial, electoral y ciudadana-;²³ (iii) división territorial del Poder Público, (iv) colaboración entre órganos para el cumplimiento de los fines del Estado. Del texto constitucional, además, se desprende que esas funciones propias no son ejercidas con exclusividad por cada una de las ramas, pues existe tanto ejercicio de una función propia de una rama por parte de las otras; como intervención de las ramas del Poder Público en la función propia de cada una.²⁴ Esta realidad se repite en la gran mayoría de Constituciones del mundo, que prevén separaciones de poderes flexibles en las cuales hay una constante colaboración y control entre las diversas ramas y funciones.

Así, no sólo la concepción original del principio de separación de poderes ha sido objeto de importantes transformaciones, sino que el propio concepto, entendido como separación de funciones con aplicación de cada una de ellas a

²¹ Constitución de 1811, en Allan Brewer-Carías (Compilador), *Las Constituciones de Venezuela*, Segunda edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Anaco Ediciones, C.A., Caracas, 1997, p. 285.

²² Artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

²³ Consideramos que las funciones ejercidas por las ramas Electoral y Ciudadana son materialmente un tipo de funciones administrativas.

²⁴ Baste pensar en las funciones normativas que se le asignan al Poder Ejecutivo (dictar reglamentos), o las administrativas que se le asignan al Poder Legislativo (ejecutar su presupuesto de gastos) o al Poder Judicial (dirección y administración del Poder Judicial). Por su parte, y en lo que respecta a la intervención en las funciones propias de otra rama, podemos citar como ejemplo interferencias en la función normativa del Poder Legislativo (veto presidencial de leyes) o en la función administrativa del Poder Ejecutivo (autorización de la Asamblea Nacional para celebrar contratos de interés nacional). Ver un desarrollo detallado de esta realidad en Allan Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo III, Tercera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, pp. 20 y ss.

órganos determinados, ha sido criticado por doctrina constitucional comparada, por considerarse irrealizable. En la práctica constitucional de los Estados, se ha evidenciado la mezcla y acumulación de funciones en los diferentes órganos, es decir, lo que ha dado en llamarse una separación orgánica pero no funcional de poderes.

Así, pues, la separación de funciones, en el estricto sentido de la teoría de Montesquieu, no se evidencia en ningún Estado. Las funciones en la actualidad, por la propia exigencia de los fines impuestos a los órganos públicos, están distribuidas entre éstos sin que se pueda hablar de una exacta correspondencia entre órgano y función. Si bien los órganos públicos tienen una función principal asignada (por ejemplo, la función normativa al Poder Legislativo) ello no significa que en dicha función no haya la intervención de otra rama (promulgación de la ley por el Poder Ejecutivo) o que dicha función no pueda ser realizada independientemente por otra rama (función normativa reglamentaria del Poder Ejecutivo).

En el caso venezolano, la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha reiterado el sistema imperante de separación de poderes flexible que se materializa en: i) ejercicio no excluyente de funciones e ii) interferencia de una rama del Poder Público en el ejercicio de las funciones de otra de sus ramas.

Al respecto, observa la Sala que en su sentencia n° 3098 de 14-12-04, que antes se citó, se analizaron los términos y alcance con los cuales nuestra Constitución de 1999 recoge el principio de separación de poderes como pilar fundamental de nuestro Estado de Derecho. En esa oportunidad, y se reitera en ésta, se estableció que no se trata, en modo alguno, de una división rígida de poderes, sino, por el contrario, de una colaboración y control mutuo entre las distintas ramas del Poder Público, lo que implica que, en circunstancias excepcionales, siempre que lo establezca la Ley y que no colida con alguna norma constitucional, cada una de las ramas puede ejercer funciones de las otras: “el principio de separación de poderes que recoge el artículo 136 de nuestro Texto Fundamental, de idéntica manera a como lo establecía el artículo 118 de la Constitución de 1961, no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones, sino que, como la misma norma predica, cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”.

Principio de colaboración de los Poderes Públicos que lleva a un control mutuo entre poderes y, en definitiva, admite, hasta cierto punto, una confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del Poder Público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras y de allí que la Administración Pública cuente con potestades normativas (Vgr. la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (Vgr. resolución de conflictos entre particulares) y los

órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente administrativas (Vgr. la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras).

Es en este sentido que la doctrina constitucionalista venezolana ha entendido la esencia del principio de separación y de colaboración de poderes. Entre otros, Humberto J. La Roche sostuvo que la colaboración de poderes significa “una pequeña invasión de un poder cualquiera en las actividades del otro” (“Derecho Constitucional”, Tomo I, vigésima edición, Caracas, 1991, p. 421); “invasión” que tiene dos finalidades: una, de control mutuo o contrapeso de poderes y otra, de agilización en el ejercicio del Poder Público cuando, por razones instrumentales u operativas, sea conveniente que una de la ramas ejerza concretas competencias que, por naturaleza, corresponden a las otras, ejercicio que, ha de destacarse, requiere de previa, expresa y suficiente habilitación legal, tal como se exige para el ejercicio de cualquier potestad pública.²⁵

Esta posición ha sido reiterada recientemente por la Sala Constitucional en sentencia del 23 de julio de 2009.

El Constituyente, y ello es evidente de una lectura de su obra, ha ensayado una distribución del Poder Público en niveles político-territoriales, así como una división en cada nivel.

[...]

Pero de lo que no caben dudas es que todos los Poderes, según el caso, comparten mecanismos, instrumentos, métodos y fines. El Poder Legislativo nacional no sólo legisla, sino que también controla, con lo cual se acerca a la función contralora y a la judicial al mismo tiempo (art. 187.3); interviene en la discusión y aprobación del presupuesto, lo que ha sido catalogado como una tarea propia de la Administración (187.6), e interviene en el proceso judicial de destitución del Presidente de la República (art. 266.2). El Presidente de la República debe regular el ejercicio del derecho que se restrinja mediante decretos de estado de excepción (236.7 y 339), con lo cual ejerce una potestad normativa; concede indultos, incidiendo así directamente en la función judicial (236.19). El Poder Ciudadano puede investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, para lo cual tendrá que valerse de técnicas que se asemejan a las que utiliza el Poder Judicial (274). El Poder Electoral dicta Reglamentos, los cuales contienen normas, es decir, es una técnica similar a la que usualmente ejerce el Poder Legislativo (293.1). Por último, el Poder Judicial se subroga a la Administración Pública en los casos que resuelve la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

²⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 9 de mayo de 2006, caso Fiscal General de la República, consultada en: www.tsj.gov.ve; Internet.

Estos son algunos ejemplos del uso común de ciertos mecanismos por parte de algunos o de todos los Poderes Públicos. No se han referido los medios en que los Poderes injieren en las tareas de los otros, que son abundantísimos. Basta con los mencionados para probar que nuestro orden jurídico constitucional no se caracteriza por asignar de forma exclusiva, excluyente u homogénea los métodos, técnicas o procedimientos que en general son los usuales de ciertos poderes públicos en el cumplimiento de sus fines.²⁶

Vemos, así como el principio de separación de poderes en Venezuela se fundamenta en una separación orgánica, mas no funcional, de Poderes, fundamentada principalmente en el control y colaboración entre ellos.

C. Principio de respeto a los derechos fundamentales

La sujeción del Poder Público al Derecho tiene entre sus principales fines el respeto y garantía a los derechos fundamentales. Desde su origen, la limitación del Poder a la ley tenía como objetivo principal el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dicho propósito queda plasmado en las primeras declaraciones de derechos de los Estados Modernos (Declaración del Estado de Virginia de 1776, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Históricamente el objetivo era la protección de los llamados derechos individuales, siendo que, con el tiempo, y en el marco de la cláusula del Estado Social, se incorporaron para su protección los llamados derechos sociales, económicos y culturales.

A finales del siglo XIX se suscitó un cambio en el entendimiento de lo que significaba un gobierno justo, que ya no se centraba en cómo establecer la voluntad de la mayoría, sino cómo proteger los derechos de los grupos minoritarios ante la intolerancia de las mayorías. Frente a esta evolución en la concepción de un gobierno justo, los jueces evidentemente pasan a tener un rol preponderante como protectores de los derechos de las minorías frente a las mayorías. Este desarrollo jurisprudencial se cristaliza de forma espectacular en 1954 con el famoso caso *Brown v. Board of Education* en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos de América declara inconstitucionales las leyes de los Estados del sur que ordenaban la segregación racial en las escuelas públicas.

Cualquier declaración de derechos que pretenda ser efectiva tiene que estar garantizada por un mecanismo que haga realidad la voluntad constituyente en esta materia y esto es precisamente la justicia constitucional. Los derechos de las minorías no se ven representados ni protegidos en la ejecución diaria del Poder Público, pues son las mayorías las que dominan la composición de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, estructuras estas que gobiernan el día a día de los ciudadanos. En consecuencia, es evidente la necesidad de proteger los derechos

²⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 23 de julio de 2009, caso Rafael Badell y otros, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet.

fundamentales de los grupos minoritarios precisamente a través de la rama del Estado que no responde a representatividad alguna de mayorías, como es el Poder Judicial.

A nivel internacional, los tratados de derechos humanos, al establecer la obligación de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para garantizar su vigencia, exigen el necesario diseño y ejecución de medidas legislativas y administrativas que aseguren su protección, así como la obligación de los jueces de proteger los derechos humanos a través de sus sentencias.

El artículo 19 de la Constitución venezolana señala que “[e]l Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público...”. En el marco de este respeto a los derechos fundamentales, la Constitución contiene un amplísimo catálogo de derechos y de mecanismos judiciales de protección de dichos derechos.

Nuestra Constitución no sólo consagra expresamente más de 100 derechos humanos, sino que además su artículo 22 establece que también serán reconocidos los derechos que, aunque no estén expresamente contenidos en el texto constitucional, sean inherentes a la persona. Por su parte, la protección judicial de derechos fundamentales cuenta con un extraordinario abanico de posibilidades. Recordemos que en nuestro país existen diversos mecanismos de justicia constitucional a través de los cuales se puede garantizar la efectiva vigencia de estos derechos, tales como: (i) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de leyes y actos parlamentarios sin forma de ley, en sus modalidades de control concentrado y control difuso; (ii) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de actos de gobierno y actos administrativos; (iii) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de omisiones, tanto legislativas como ejecutivas; (iv) las acciones de amparo, como principal mecanismo de protección de derechos humanos, mecanismo breve, sencillo y efectivo de protección; (v) diversas acciones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad, tales como las acciones por conflictos entre autoridades, los recursos de interpretación (de la Constitución y de la ley), los recursos de revisión de sentencias, los recursos por colisión de leyes y las demandas contra los entes públicos.

Asimismo, los jueces en Venezuela han asumido la potestad de proteger derechos fundamentales de la población venezolana, indistintamente del tipo de acción judicial que estén conociendo, a través de diversos mecanismos relacionados con el control de constitucionalidad, tales como: (i) la jurisdicción normativa, entendida como la facultad que tiene la Sala Constitucional de dictar normas jurídicas transitorias ante la omisión del Poder Legislativo en dictar normas que son necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales; (ii) y la interpretación de normas constitucionales o legales en la cual se les da a éstas un sentido y alcance distinto al literal contenido en ellas. Es

de recordar, además, que nuestra Constitución en su artículo 31 permite a los ciudadanos dirigir peticiones ante los organismos internacionales con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos, cuando la justicia constitucional del país ha sido insuficiente en dicha protección, constituyéndose en un mecanismo de justicia constitucional internacional.²⁷

De lo anterior se desprende que el juez constitucional venezolano cuenta con uno de los más importantes repertorios que a nivel de Derecho Comparado existen en materia de justicia constitucional y en consecuencia de protección de los derechos fundamentales de la población venezolana.

Es de interés la operatividad que, a través de la justicia constitucional, se les ha dado a algunos de los derechos tradicionalmente denominados prestacionales. La Constitución establece ciertos derechos que exigen principalmente prestaciones efectivas, actuaciones concretas por parte del Estado, para su efectivo goce y disfrute. Es el caso de derechos tales como la salud, la educación o la vivienda. Ha existido un importantísimo debate sobre su verdadera naturaleza de derechos subjetivos que permita su exigencia por parte de los particulares a través de acciones judiciales. Recordemos que comúnmente se ha hecho diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos civiles y políticos son derechos susceptibles de aplicación inmediata por requerir principalmente obligaciones de abstención por parte del Estado. Este es el caso por ejemplo del derecho a la vida (no matar), del derecho a no ser objeto de tortura (no torturar), etc. Por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales imponen al Estado la obligación de poner los medios (económicos, técnicos) que estén a su alcance para lograr el pleno goce de los mismos progresivamente en el tiempo, pues implican obligaciones positivas. Esta particularidad de esta segunda categoría de derechos ponía en duda la posibilidad de garantizarlos a través de un control judicial.

En este sentido, creemos necesario recordar que en nuestra Constitución en su artículo 19, como a nivel internacional, se ha reiterado que en materia de derechos humanos no es posible hacer distinciones entre los tipos de derechos, pues existe entre ellos una interrelación o indivisibilidad que se evidencia además en el hecho de que una violación de los derechos económicos, sociales y culturales implica necesariamente una afectación en el ámbito de los derechos civiles o políticos de las personas. Baste con pensar hasta qué punto puede verse afectado el pleno ejercicio de derechos tales como los de participación política o el de libertad de expresión, si se encuentran violentados los derechos a alimentarse, o a educarse o a vivir en una vivienda adecuada.

²⁷ Este derecho se ha visto claramente desconocido a través de sentencias de la Sala Constitucional que han impedido la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como con la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hecha por el Gobierno venezolano.

Es más, las obligaciones que se le imponen a los Estados con ocasión del reconocimiento de derechos fundamentales son idénticas, aunque dependiendo de uno u otro derecho las obligaciones de hacer o las obligaciones de no hacer tengan distinto peso específico. Así, los derechos fundamentales en general requieren de acciones de respeto por parte del Estado (abstención de obstaculizar disfrute del derecho),²⁸ acciones de realización (actuaciones que aseguren disfrute del derecho)²⁹ y acciones de protección (actuaciones que eviten y castiguen violación del derecho). En este sentido, consideramos que el grado de justiciabilidad de las obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales depende del tipo y naturaleza de la obligación del Estado que estemos analizando.

Las acciones de realización, es decir aquellas actuaciones que el Estado debe realizar para asegurar el disfrute del derecho y que implican utilización de recursos por parte de éste, son precisamente en las que su justiciabilidad es objeto de debate. Sin embargo, la antigua Corte Suprema de Justicia y el actual Tribunal Supremo de Justicia han decidido entender que las obligaciones de actuar que la Constitución impone en resguardo de un mínimo de bienestar para la colectividad se constituyen en verdaderos derechos subjetivos que son amparables judicialmente. Así, y principalmente los derechos sociales, se han considerado como plenamente operativos y exigibles por la vía judicial, siendo que el juez constitucional se encuentra facultado para tomar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de los mencionados derechos. Vale la pena destacar que la operatividad de los derechos prestacionales ha recibido un apoyo contundente en la sentencia de Sala Constitucional del caso Asociación Civil de Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal, de fecha 24 de enero de 2002.

²⁸ Esta obligación, que típicamente se identifica con los derechos civiles y políticos, también puede estar presente en los derechos económicos, sociales y culturales, como puede ser la obligación del Estado de abstenerse de interferir en la escogencia que hagan los padres sobre la educación de sus hijos.

²⁹ La siguiente cita es ilustrativa de la equivocación que se incurre al intentar diferenciar tajantemente los tipos de derechos, de acuerdo con las actuaciones esperadas por parte del Estado en relación con ellos. “[E]l ejercicio de los derechos políticos requiere del Estado una acción que supone, entre otras cosas, el desarrollo de mecanismos y la asignación de recursos suficientes a los cuerpos electorales para garantizar la universalidad y libertad del derecho al sufragio. De esta misma forma, observamos que el disfrute de ciertos derechos económicos, sociales y culturales no está condicionada a la progresividad y su satisfacción puede ser inmediata, como es el caso de la libertad sindical o la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos, sin que pueda alegarse la inexistencia de recursos estatales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones”. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Derribar Mitos, Enfrentar Retos, Tender Puentes*, Serie Aportes, Provea, 1996, p. 10.

En conclusión, los derechos fundamentales son superiores al Poder Público por lo que a su respeto debe someterse un Estado de Derecho. La Sala Constitucional, en sentencia del 27 de junio de 2008, ha reiterado que no puede existir Estado de Derecho sin garantía de ejercicio de los derechos fundamentales.

Asimismo, la Constitución Nacional dispone en el artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia y ello, armonizado con el referido valor normativo de la Constitución, evidencia la formulación constitucional del Estado de derecho venezolano, de acuerdo a la cual, se reconoce una orientación filosófico-política que incluye una finalidad humanista, y ello supone, que el Estado debe propender al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales, pues tal como afirmó Hauriou (1971. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona. Editorial Ariel. p. 54), en el Estado constitucional una declaración de derechos, no basta, sino que es necesario el cumplimiento exigible y de vinculatoriedad directa e inmediata de los mismos.

Por ello, Molas (1998, *Derecho Constitucional*. España: Editorial Tecnos p. 47) señala que denominamos Estado constitucional solamente a aquél que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, y es precisamente ésta, la ratio del dispositivo constitucional establecido en el artículo 19 del Texto Fundamental, según el cual, el Estado debe garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de progresividad y no discriminación. Tal imperativo garantista tiene su fundamento en que los derechos humanos se presentan como superiores al poder del Estado (Nieto. 1993. *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Temis) y fungen de guías fundamentales a la Constitución y al sistema garantista que su carácter normativo plantea.

Entonces, los derechos fundamentales se presentan como una situación jurídica de poder, en la cual, los particulares están facultados para reclamar al Estado su goce y salvaguarda y, de allí, que Bronfman (1998, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees. p. 17) los defina en un sentido amplio, principista o pro libertate, como aquellos derechos necesarios para el desarrollo de una vida constitucional.³⁰

La anterior cita evidencia el reconocimiento judicial de la necesaria sujeción del Estado a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sujeción esta que se logra, además, a través de distintas garantías constitucionales y a través de mecanismos de protección internacional de derechos humanos.

³⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 27 de junio de 2008, caso Abraham Espina, consultada en: www.tsj.gov.ve; Internet.

D. Principio de tutela judicial

El Estado de Derecho, como sometimiento del Estado a un bloque normativo, sólo tiene consistencia en la medida que haya una garantía judicial que asegure dicho sometimiento. El derecho a la tutela judicial efectiva es previsto por primera vez en la Constitución italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.³¹

El derecho a la tutela judicial efectiva es reconocido por nuestra Constitución en los artículos 26 y 49 que garantizan el acceso de los particulares a los órganos judiciales para la resolución de sus controversias, así como el debido proceso en la sustanciación del proceso judicial. Este derecho consiste precisamente en la posibilidad de obtener tutela o protección de los derechos o intereses de los particulares a través de un proceso judicial que se sustancia acatando diversas garantías.

La importancia del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo deviene de su propia naturaleza como derecho humano, sino también por constituirse en una de las más importantes garantías constitucionales de protección de los derechos humanos y de aseguramiento del sometimiento del Estado al Derecho. No significaría nada declarar que un Estado está sometido al bloque de legalidad si no existen mecanismos judiciales que aseguren dicho sometimiento.

El derecho y la garantía a la tutela judicial efectiva exige que los jueces puedan real y efectivamente proteger los derechos e intereses de los ciudadanos frente al ejercicio del Poder Público. De no existir el control judicial de los poderes públicos no existiría la posibilidad de tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos frente a las actuaciones y omisiones de aquéllos. Semejante inmunidad haría nugatoria la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva, máxime si consideramos la intensa intervención que los poderes públicos - principalmente la Administración Pública- tienen en la vida cotidiana de los individuos.

Las viejas tesis de que “juzgar a la Administración también es administrar” o de la supremacía inviolable del Parlamento han perdido sustento, dando paso a una exigencia arrolladora: la consagración de un verdadero Estado Constitucional de Derecho que asegure que los poderes públicos se ciñan a la voluntad constituyente del pueblo soberano.

El artículo 26 de nuestra Constitución señala:

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

³¹ Javier Barnés Vázquez (Coord.), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, pp. 44 y 217.

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

Por su parte, nuestro máximo tribunal ha reiterado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual abarca: i) el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, ii) el derecho a obtener una sentencia, iii) el derecho a que esa sentencia se cumpla.

Máxime, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva es de amplísimo contenido que comprende no sólo el derecho de acceso y de ser oído por los Órganos de Administración de Justicia establecidos por el Estado, sino el derecho a que previo cumplimiento de 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, determine el contenido, alcance y extensión del derecho deducido, de allí que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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) [...] ³²

En lo que respecta al derecho a la ejecución forzosa de la sentencia, la Sala Constitucional ha señalado:

Aún cuando el derecho de los accionantes a que le sea ejecutado el derecho que le ha asistido en un proceso judicial, proviene de la interpretación conjunta de una serie de artículos constitucionales y legales, no hay lugar a dudas de que podríamos considerar que el punto de partida del referido derecho, deviene de la consagración constitucional del Estado venezolano, como un Estado de derecho y de Justicia (Vgr. Artículo 2 de la Carta Magna) y de la constitucionalización que asimismo le atribuye el artículo 26 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al derecho a la tutela judicial efectiva, en la cual se halla implícita la obligación de los jueces de ejecutar las sentencias, como consecuencia directa del derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia y poner en movimiento el aparato judicial del Estado, en cualquier tipo de proceso.

[...]

Tal sometimiento al ordenamiento jurídico constitucional y legal, ha sido definido por la doctrina como el principio de la legalidad o sometimiento del Poder Público al bloque que conforma el ordenamiento jurídico, de donde resulta que la ejecución de sentencias es una de las vertientes de dicho sometimiento, puesto que en la sentencia se contiene la interpretación

³² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 15 de mayo de 2008, antes citada.

definitiva de la ley y por tanto también la resolución irrevocable del conflicto planteado, siendo que, por medio de la sentencia, se garantiza la aplicación de la ley o del principio de la legalidad de la administración.³³

Consideramos de extrema importancia no sólo para la consecución de un real Estado de Derecho, sino también para la plena efectividad de los derechos de los ciudadanos, que la ejecución de las referidas sentencias sea adecuada y oportuna. Lamentablemente, la ejecución de estas sentencias condenatorias en contra de los entes político-territoriales ha presentado importantes inconvenientes que debilitan el sistema de control judicial del Poder Público y principalmente de la Administración Pública.

Si bien el Estado debe responder por sus actos, actuaciones y omisiones y para ello los particulares afectados tienen como garantía el acceso a los órganos judiciales para hacer efectiva dicha responsabilidad, en la práctica y de forma bastante frecuente las sentencias condenatorias contra el Estado son inejecutadas por la persona jurídica estatal demandada. Dicha inejecución casi siempre es producto de la clásica inercia de nuestros entes públicos. El problema radica principalmente en el hecho de que, si el Estado no cumple voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, es necesario determinar la forma en que dicha ejecución puede materializarse.

Se han presentado a lo largo de la historia diversos inconvenientes para lograr la ejecución de las sentencias contra el Estado, principalmente contra la Administración Pública que es la que tiene mayor y más frecuente relación con los particulares. Ante la clásica inercia administrativa en ejecutar voluntariamente las sentencias dictadas en su contra, las reglas procesales exigen al Poder Judicial que ejecute forzosamente, es decir contra la voluntad de la Administración Pública, lo ordenado en sus fallos.

En los casos de condenas de dar cantidades de dinero, uno de los pretextos que se ha dado para impedir la ejecución forzosa de las sentencias por parte del Poder Judicial es el de proteger el ejercicio de la función pública, para el cual se requiere la disponibilidad de los bienes y rentas del Estado, estableciendo para ello la inembargabilidad de sus bienes y suspendiendo la ejecución de las sentencias para realizar los acomodos presupuestarios requeridos. Así, tanto el principio de inembargabilidad de los bienes del Estado como el principio de legalidad presupuestaria -que exige que no se realice pago alguno sin estar previsto en la ley de presupuesto- se constituyen en obstáculos para la ejecución tanto voluntaria como forzosa de las sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero contra el Estado. Así, el particular accionante tampoco podrá hacer efectiva su acreencia contra el Estado, a través de mecanismos de ejecución forzosa -como es el caso del embargo y posterior remate de bienes- pues dichos bienes gozan del principio de inembargabilidad.

³³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 28 de noviembre de 2002, caso Yasmín Veján, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet.

Por último, es importante destacar el elemento de la universalidad del control judicial de las actuaciones y omisiones del Poder Público. Para que la tutela judicial se convierta en un verdadero pilar del Estado de Derecho es fundamental que toda manifestación del Poder Público que pase por encima del bloque de legalidad y del respeto a los derechos fundamentales pueda ser controlada por el Poder Judicial y restablecida la situación jurídica infringida.

En este sentido la Sala Constitucional, en sentencia del 22 de noviembre de 2007 señaló:

De ello resulta pues, que el modelo constitucional vigente acoge como uno de sus paradigmas fundamentales para la materialización de un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” -Artículo 2 de la Constitución-, el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la “actividad” del Estado -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004-

En términos generales, el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado, puede resumirse en palabras de ANDREAS AUER, refiriéndose a los fines de la jurisdicción constitucional, que “(.) no hay ningún acto estatal que pueda escapar por definición, a la jurisdicción constitucional. Corresponde, sin embargo, a cada orden jurídico definir los actos sometidos a ella (.);” así, en el caso venezolano los actos dictados en ejecución directa de la Constitución son parte fundamental de las competencias de la jurisdicción constitucional, que se complementan -desde una perspectiva de tutela judicial efectiva de los particulares- con las atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa -Cfr. Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, Fundamentos de la Democracia Constitucional, Tecnos, Madrid, 1998, p. 347.

Por ello, el sometimiento pleno y efectivo de los diversos actos que emanan de los órganos del Poder Público al control jurisdiccional ha sido un logro en el desarrollo del Estado, como “(.) máxima expresión de sujeción colectiva a una autoridad, con miras a la consecución última del interés general, y en definitiva como una garantía del Estado de Derecho (.). Luego de siglos en los que el control estaba ausente -de la clase que fuese-, los Estados política y jurídicamente más avanzados reconocieron la posibilidad de la revisión judicial de los actos públicos. Sin embargo, se trató de un proceso lento y paulatino, no ajeno a los retrocesos, en el que lo más difícil fue la admisión del control sobre una categoría de actos: los identificados como actos de gobierno (.)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004-. [...]

La anterior concepción del principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado con relevancia jurídica, responde igualmente a la visión contemporánea del principio de separación de poderes, el cual comporta la noción de control del ejercicio del Poder Público entre sus órganos, para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios

del derecho y, evidencia que el referido principio tiene carácter instrumental, en tanto está destinado a hacer efectiva la sujeción de los órganos del Poder Público al bloque de la constitucionalidad.³⁴

Sin embargo, en Venezuela, esta universalidad del control judicial ha sufrido un serio retroceso. Con ocasión del funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, instalada inconstitucionalmente en el año 2017, la Sala Constitucional excluyó del control judicial a todos los actos que dictó dicha Asamblea. Esta, si bien nunca presentó un proyecto de Constitución, se ocupó de dictar distintos actos normativos y de control, usurpando funciones de la Asamblea Nacional, elegida en el 2015, y cuyo funcionamiento fue absolutamente impedido por el propio Tribunal Supremo de Justicia. Ante una acción de amparo intentada en contra del Decreto Constituyente mediante el cual se ordenó la liquidación de la Alcaldía Metropolitana, entre otras,³⁵ dictado por la referida Asamblea Nacional Constituyente, la Sala señaló:

Del análisis de las disposiciones se desprende, ningún poder constituido podrá objetar, ni impedir los actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente, debido a su naturaleza y al carácter que posee como Poder Constituyente Originario, que encarna o personifica en sí misma la Soberanía Popular, el cual la faculta para que las decisiones que adopte desde el mismo momento de su instalación adquieren fuerza jurídica, por ende, son de inmediata ejecución, es decir, que no se encuentran sujetos a ningún tipo de control jurisdiccional por parte del poder constituido [...]³⁶

³⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 22 de noviembre de 2007, caso Hermann Escarrá, consultada en: www.tsj.gov.ve; Internet. En este caso, la Sala Constitucional, a pesar del desarrollo que hace sobre el control universal de los actos del Poder Público, rechaza la acción de nulidad interpuesta en contra del Proyecto de Reforma Constitucional propuesto por el Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías el 15 de agosto de 2007, por considerar que no se trata de un acto definitivo por lo que no es un acto impugnabile. El Magistrado Rondón Haaz en un voto salvado a la sentencia señala: “En criterio de quien discrepa, esta decisión de la Sala viola el principio de universalidad del control de todos los actos del Poder Público, pues implica concluir que hay actos -como los de este caso- que no están sujetos al control jurisdiccional, supuesto que ha sido rechazado desde siempre por nuestra jurisprudencia, tal como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, entre otros, en su conocido fallo de principios, caso Anselmo Natale, de 08-11-90.”

³⁵ Venezuela. Decreto Constituyente mediante el cual se decide la supresión y liquidación del Nivel Metropolitano de Caracas y el Distrito del Alto Apure, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 41.308, de fecha 27 de diciembre de 2017.

³⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 8 de marzo de 2022, caso Jaiker José Mendoza, consultada en: www.tsj.gov.ve; Internet.

Esta sentencia es un nuevo ataque al Estado de Derecho en nuestro país al anular el derecho a la tutela judicial efectiva frente a las diversas actuaciones inconstitucionales que realizó la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente del 2017, dejando sin efecto la garantía del sometimiento del poder al Derecho. Esta sentencia es una manifestación más de la falta de independencia que sufre nuestro Poder Judicial en la actualidad. Por ello, es importante recordar que el corolario de una verdadera tutela judicial efectiva es la garantía de la independencia judicial pues requiere que los jueces actúen de forma autónoma e independiente de los Poderes Públicos que pretende controlar.

E. Principio de garantía patrimonial

La garantía patrimonial ha sido entendida como “el derecho de las personas a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a inmisiones singulares de que éste pueda ser objeto por parte de los poderes públicos.”³⁷ Esto tiene especial vinculación con el Estado de Derecho pues la actuación del Poder Público que no se someta a la ley y produzca daños a los particulares debe aparejar el restablecimiento patrimonial de estos. Es más, dicho restablecimiento debe asegurarse aún ante el ejercicio del poder que se somete a la ley, pero que produce un daño injustificado en el particular por violentar la necesaria igualdad ante las cargas públicas.

La primera comprensión de esta idea en el Estado Moderno fue la figura de la expropiación forzosa que, en protección del derecho de propiedad, exige que cualquier privación de éste sea justificada en la existencia de un real interés público y previa justa indemnización. Sin embargo, dicha figura se torna insuficiente ante la realidad de que la afectación patrimonial de los ciudadanos puede realizarla el Estado a través de diversos actos, actuaciones y omisiones distintos a la privación de propiedad por medio de la expropiación. Es por ello que la garantía patrimonial se amplía abarcando la noción de responsabilidad patrimonial del Estado.

La institución de la responsabilidad patrimonial responde a la obligación de reparación de una persona frente a otra como consecuencia del daño ocasionado a esta otra por el incumplimiento de una obligación legal o convencionalmente constituida. Su fundamentación está precisamente en la idea de que en la interacción de los sujetos de derecho debe existir una reciprocidad en los intercambios, de manera que si dicha reciprocidad se encuentra alterada nace la necesidad de su reparación. Se ve pues que la responsabilidad se alimenta de la propia idea de la justicia y de la igualdad entre los diversos sujetos de derecho, siendo una base fundamental para cualquier sociedad organizada.

El Estado, como sujeto de derecho, está en la obligación de responder por sus actuaciones u omisiones, tanto a nivel interno como a nivel internacional.

³⁷ Juan Santamaría Pastor, citado por José Peña Solís, *ob. cit.*, p. 325.

Queremos recordar que la responsabilidad patrimonial del Estado puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de si se deriva de un acuerdo previo o del principio general de no hacer daño a otro.

La evolución de la responsabilidad del Estado puede dividirse en tres etapas claramente diferenciables. En la primera fase, en el siglo XIX, rige el principio de la irresponsabilidad del Estado, admitiéndose su responsabilidad solo en las contadas excepciones previstas en los textos legales (en materia de obras públicas, disturbios y daños causados por las colectividades locales) y en los supuestos en que la Administración Pública actuara como persona privada. En esta fase solo se aceptaba la responsabilidad personal del funcionario, lo cual comportaba el inconveniente de la muy común insolvencia de éste. Así el Estado, como representación del pueblo, mantiene los privilegios que en un principio estaban en cabeza del rey. Sin embargo, en Venezuela la Constitución de 1830 ya establecía que el Gobierno es responsable y además asomaba un principio de responsabilidad contractual del Estado en cuanto atribuía a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las controversias que resultaren de los contratos y negociaciones que celebrara el Poder Ejecutivo.

La intervención cada vez mayor del Estado en los diversos asuntos de los ciudadanos, particularmente en sectores de la actividad económica, obligó al replanteamiento de dicha posición. Así, la segunda etapa en la evolución de la responsabilidad del Estado comienza con la famosa sentencia del caso Blanco, dictada por el Tribunal de Conflictos francés en 1873. En dicha sentencia el tribunal admite la responsabilidad directa del Estado por el ejercicio de las potestades públicas y como consecuencia del hecho de personas empleadas por ella. En esta etapa, si bien se abre la posibilidad de hacer responsable al Estado, en el ejercicio específicamente de su actividad como Administración Pública, la irresponsabilidad sigue siendo la regla y la responsabilidad la excepción.

La tercera etapa de esta evolución se rige por el principio de la responsabilidad del Estado, siendo la excepción la irresponsabilidad. La responsabilidad del Estado es consagrada en algunos casos por la vía legislativa (en Alemania por la Constitución de Weimar de 1919, en Estados Unidos de América por el Federal Torts Claims Act de 1946, en el Reino Unido por el Crown Proceedings Act de 1947, en Italia por su Constitución de 1948, en España por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954) y en otros es consagrada por la vía jurisprudencial (caso francés).

En Venezuela la Ley del 17 de mayo de 1877 ya permitía reclamar a la Nación la indemnización por expropiación y perjuicios. La Constitución de 1901 incluye la norma que sirve de sólido fundamento a la responsabilidad del Estado, la cual señala que la República, los Estados y los Municipios estarán obligados a indemnizar a los ciudadanos por los daños, perjuicios o expropiaciones que hayan sido causados por autoridades legítimas, en el ejercicio de su función pública.

Por su parte, la Constitución venezolana de 1999 recoge un sistema de responsabilidad amplio a través de las siguientes normas:

1. El artículo 115 garantiza el derecho de propiedad y establece que “[s]ólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.”
2. El artículo 140 señala que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.”
3. El numeral 8 del artículo 49 al desarrollar el debido proceso consagra que “[t]oda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.”
4. El artículo 259 de la Constitución de la República vigente permite a la jurisdicción contencioso-administrativa “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

La doctrina y jurisprudencia comparadas han distinguido dos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado: un régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal y un régimen de responsabilidad sin falta, también llamado por sacrificio particular. Veamos brevemente cada uno.

El régimen de responsabilidad por falta del Estado se presenta ante la falla o funcionamiento anormal del servicio, independientemente de la existencia de culpa del funcionario que ejecuta el servicio. Su fundamento se encuentra precisamente en la violación del derecho que tenemos todos los ciudadanos al funcionamiento adecuado del servicio sin que éste sea defectuoso, tardío o no realizado.

Por su parte, el régimen de responsabilidad sin falta, también llamado por sacrificio particular, conocido como responsabilidad objetiva del Estado, es el más reciente progreso en la teoría de la responsabilidad del Estado, aceptada por países tales como Alemania, Italia, Francia, España, Colombia, Inglaterra, entre otros.

Los doctrinarios alemanes fueron los primeros en abandonar la fundamentación de la indemnización del Estado en la idea de culpa y hecho ilícito, para fundamentarla en el hecho injusto y contrario a la equidad.³⁸

La responsabilidad sin falta fue admitida desde 1918 por el Consejo de Estado francés. Nace cuando se le producen daños o perjuicios a los administrados en la realización por parte del Estado de una actividad autorizada por una norma jurídica y cuyo ejercicio está exento de falta (culpa o dolo). La doctrina ha basado el fundamento de esta responsabilidad en diversos principios como la equidad, la igualdad ante la ley, y en el más aceptado en la actualidad, como es el principio de la igualdad ante las cargas públicas.

El principio de la igualdad ante las cargas públicas, como fundamento de la responsabilidad del Estado, lo desarrolla Jorge Teissier en Francia, en el año 1906. El mismo se basa en que “la acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos. Pero si bien la igualdad de todos ante las cargas públicas es ciertamente la justificación teórica de la responsabilidad, de ello no resulta de ninguna manera que todo atentado a esta igualdad debe ser reparado”.³⁹ En consecuencia, los principios de igualdad e igualdad ante la ley obligan a que los ciudadanos no sufran unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, obligando al Estado a indemnizar a los ciudadanos que sufren daños anormales (por su gravedad) y especiales (individualizados) con ocasión de la satisfacción de intereses colectivos.⁴⁰

La doctrina moderna intenta establecer un único fundamento para todo el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado (responsabilidad por falta y responsabilidad sin falta), centrándolo en la garantía o integridad patrimonial de los ciudadanos, la cual no puede ser afectada injustificadamente.⁴¹

Paralelamente, el asegurar la responsabilidad de los funcionarios públicos que incurran en irregularidades en el ejercicio de su función, tanto por acción como por omisión, en las cuales medie dolo o culpa del autor, es muy importante a los fines de ir asegurando un mejor desempeño por parte de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y castigar al verdadero responsable del

³⁸ Héctor Turuhpial Cariello, *La responsabilidad extracontractual del Estado por actuaciones conforme a la ley*, Caracas, 1995, p. 106.

³⁹ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, p. 293.

⁴⁰ José Félix Díaz Bermúdez, “Aspectos teóricos y constitucionales de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, No. 101, Caracas, 1996, p. 21.

⁴¹ Luis Ortiz Álvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, 1995, p. 36.

daño a los fines de que el mismo no quede impune. Sin embargo, la responsabilidad personal del funcionario no significa *per se* que no exista también una responsabilidad solidaria del Estado.

Por otra parte, los antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador se encuentran en la sentencia del Consejo de Estado francés dictada en el año 1938, correspondiente al caso La Fleurette. En ese caso, para favorecer el mercado de productos lácteos una ley prohibió la fabricación de algunos productos alimenticios derivados de la leche que tenían un contenido lácteo muy escaso y que parecían perjudicar la comercialización de los productos lácteos. Esta medida legislativa afectó exclusivamente a la sociedad La Fleurette, ordenando el Consejo de Estado la indemnización correspondiente, con base en las siguientes consideraciones: “la actividad prohibida por la ley no tenía ningún carácter nocivo; el perjuicio sufrido era específico de la empresa requirente; el legislador había considerado la protección de otros intereses profesionales, los de los productores de leche; nada, ni en el propio texto de la ley, o de sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de circunstancias del asunto, permite pensar que el legislador haya querido hacer pesar sobre el interesado una carga que no le incumbe normalmente”.⁴²

Esta responsabilidad ha tenido un importante desarrollo en Derecho Comparado.⁴³ La doctrina ha admitido la responsabilidad del Estado legislador, tanto bajo el régimen de responsabilidad sin falta que se fundamenta “en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar”⁴⁴; como por el régimen de responsabilidad por falta. En consecuencia, la indemnización puede ocasionarse ante daños producidos por actos legislativos constitucionales o inconstitucionales. Dichos actos legislativos pueden constituirse en leyes que emanan del Parlamento o en los decretos-leyes que emanan del Ejecutivo.

Por su parte, la responsabilidad del Estado en su actividad judicial ha sido aceptada en diversos ordenamientos jurídicos, aun cuando con ciertos matices distintos entre ellos. En general en este tema cobran relevancia los conceptos de error judicial y funcionamiento anormal. El error judicial existirá solo en decisiones judiciales, mientras que el funcionamiento anormal abarca el conjunto de las actuaciones propias de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

⁴² Georges Vedel, citado por Gustavo Penagos, *El daño antijurídico*, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 236-237.

⁴³ Ver Laura M. Monti de Hitzfelder, “La responsabilidad del Estado por actividad normativa a la luz de la jurisprudencia”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Nos. 18 a 20, Buenos Aires, 1995, p. 480.

⁴⁴ Fernando Garrido Falla, citado por Gustavo Penagos, *ob. cit.*, p. 245.

El error judicial puede consistir en un error de hecho o de derecho y el mismo debe ser irreparable, habiendo el perjudicado utilizado todos los medios de defensa. La existencia del error debe ser determinada por una sentencia posterior.⁴⁵

La determinación de un funcionamiento anormal dependerá de las circunstancias y de lo que se vaya considerando aceptable dentro del funcionamiento de la administración de justicia.⁴⁶ ¿Puede entenderse, por ejemplo, el retraso en las actuaciones jurisdiccionales, tan propio de nuestra realidad, como funcionamiento anormal? El Tribunal Constitucional español, ya en sentencia de 1984, señalaba que el retraso en las actuaciones jurisdiccionales es la especie más indiscutida de funcionamiento anormal. Sin embargo, cualquier incumplimiento de los plazos procesales no se constituye en funcionamiento anormal. Dependerá, según jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la complejidad del asunto, de la conducta seguida tanto por el litigante como por el órgano judicial afectado y de las consecuencias del proceso concreto.⁴⁷

Ahora bien, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado el carácter integral y amplio del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, señalando:

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia proclamado en su artículo 2, y en correlación con el carácter de gobierno responsable que los artículos 6 y 141 ejusdem atribuyen al Estado administrador, consagra un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, y así se recoge en la Exposición de Motivos cuando se señala expresamente que: “se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”. Es así, como los artículos 25, 29, 30, 140, 259, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115, 139, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 281, y 285 de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela permiten configurar el régimen básico de responsabilidad integral del Estado venezolano, el cual abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera sea la actividad derivada del ejercicio del Poder Público.

⁴⁵ José Bermejo Vera (Director), *Derecho Administrativo (Parte especial)*, Tercera edición, pp. 1202-1203.

⁴⁶ Eduardo Cobreros Mendazona, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Madrid, 1998, pp. 19-28.

⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 36-37.

[...]

En efecto, los hechos culposos de los funcionarios policiales no pueden considerarse como desprovistos de cualquier vínculo con el servicio especial de policía que usualmente prestaban dichos agentes para eximir de responsabilidad a la República, ya que no se puede descartar que el servicio especial de policía haya creado las condiciones para la realización del hecho ilícito, y la producción de sus consecuencias perjudiciales. Claro está, que un régimen de responsabilidad objetiva del Estado no puede ser apriorístico y tener los efectos de una presunción iure et de iure a favor de los particulares, ya que pudiera ocurrir que la acción ilícita o delictual del funcionario público no gravara la responsabilidad del Estado pero solo y siempre cuando quedare evidenciado que el móvil y circunstancias del delito quedaron limitadas al ámbito íntimo y personalísimo del funcionario; o también, cuando existieren causas de inimputabilidad penal como son el estado de necesidad y la legítima defensa.

De otra parte, es menester señalar que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad objetiva del Estado según se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, la cual se encuentra prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 ejusdem; razón por la cual, podría el juzgador admitir la acumulación de responsabilidades resultante de un cúmulo de culpas; y hasta de una separación y repartición de las cargas reparatorias entre la entidad pública y los funcionarios culpables, con la consecuente subrogación de derechos de repetición a favor del Estado o del funcionario culpable según sea el que haya sido condenado a indemnizar efectivamente a la víctima o sus derecho habientes; y aún, podría el juzgador regular la existencia y la proporción del derecho de repetición.

[...]

La consagración con rango constitucional de un régimen amplio, integral y objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado constituye, en opinión de esta Sala Accidental Constitucional, una manifestación indudable de que dicho régimen se erige como uno de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el que la Administración, a pesar de sus prerrogativas, puede ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades.

[...]

Antes bien, considera esta Sala Constitucional que tratándose la responsabilidad patrimonial del Estado de una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa, la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado.

Del análisis de la normativa constitucional vigente, infiere esta Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño.

[...] [o]bserva esta Sala que la existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concorra con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración.⁴⁸

La anterior cita evidencia la amplitud que en teoría tiene la garantía patrimonial en Venezuela, la cual responde por cualquier actuación u omisión de cualquiera de los órganos del Poder Público, bien sea por funcionamiento normal o anormal y sin exclusión de la eventual responsabilidad individual de los funcionarios públicos. Lamentablemente, en la práctica, esta garantía patrimonial de los ciudadanos ha sido violentada por parte del Poder Público, de infinitas maneras, tema que no podemos desarrollar por no ser el objeto principal de estos comentarios.

III. El Estado de Derecho en la Venezuela actual

De la revisión que hemos hecho de la consagración del Estado de Derecho en Venezuela y de la presencia de sus cinco principios o elementos fundamentales en nuestra Constitución, se puede apreciar que gozamos formalmente de un sistema completo e integral de sujeción del Poder Público al Derecho. Sin embargo, la realidad se distancia de la consagración constitucional antes analizada.

Efectivamente, Venezuela vive en la actualidad un grave, profundo y creciente deterioro de su Estado de Derecho. La Constitución no es respetada en el ejercicio del Poder Público, la separación de poderes no existe materialmente, el respeto a los derechos fundamentales recibe agresiones cotidianas de los distintos actores públicos, la tutela judicial no protege de los abusos y contrariedades a Derecho en que incurre el Estado y la garantía patrimonial se ha visto profundamente atacada en los últimos años.

Estamos en presencia de una constante agresión al texto constitucional por las distintas ramas del Poder Público. Con asombrosa frecuencia presenciamos actuaciones de las distintas ramas del Poder Público que son abiertamente contrarias a las normas y principios constitucionales, que, en virtud, del principio de legalidad, deberían servir como único cauce para su actuación.

⁴⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia del 19 de noviembre de 2002, caso Gladys Josefina Jorge Saad, consultada en: www.tsj.gov.ve; Internet.

Cada vez más, decisiones de naturaleza política se imponen por encima de la exigencia del sometimiento del Poder Público al Derecho.

Así vemos, por ejemplo, cómo se desconoce la consagración constitucional de un Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia para imponer, principalmente desde las ramas Ejecutiva y Legislativa, la concepción de un Estado Socialista que no tiene cabida al amparo de nuestra Constitución. Vemos cómo el principio constitucional de un gobierno alternativo ha sido desconocido a través de una reelección indefinida de cargos públicos; se ha creado un Poder comunal no consagrado constitucionalmente, no electo y controlado por el Poder Ejecutivo; se impone la exclusión de la participación ciudadana en la formación de normas del Poder Legislativo y principalmente del Poder Ejecutivo; se consagran mecanismos inconstitucionales de inhabilitación política por parte de la Contraloría General de la República, con la aprobación del Tribunal Supremo de Justicia; entre otros.

En lo que respecta al principio de separación de poderes, Venezuela transita uno de los momentos de mayor concentración de poder. No existe una real separación de poderes siendo que los cinco poderes actúan claramente bajo la orientación política impuesta desde el Ejecutivo Nacional. Se presenta un Poder Judicial que no controla adecuadamente la actuación de las otras ramas del Poder Público y, en las decisiones que tienen incidencia en temas de especial interés político, las decisiones favorecen constantemente a una parcialidad política. Se presenta un Poder Legislativo que no toma en consideración a las minorías y que en varias oportunidades ha decidido entregar la función normativa completa en el Poder Ejecutivo, habiendo además renunciado a sus funciones de control sobre la Administración Pública. Estamos ante una Contraloría General de la República que tampoco fiscaliza ni controla a la Administración Pública ni pone coto a la gran epidemia de corrupción administrativa que empaña toda la estructura de poder. Contamos con una Defensoría del Pueblo que centra su actuación principalmente en la defensa del Poder Público y no de los derechos de los ciudadanos, como constitucionalmente se le impone. Y una Fiscalía General de la República que utiliza la persecución penal como mecanismo para eliminar la disidencia y las conductas que no son del agrado del Poder Ejecutivo.

Asimismo, se desmonta día a día el proceso de descentralización territorial, en clara búsqueda de un Estado centralizado y de asfixia a las entidades regionales y locales que cada vez más ven mermadas sus competencias y recursos. Dramática situación afrontan los gobiernos regionales y locales que no son del partido de gobierno, a los cuales se les trata de asfixiar desde todos los puntos de vista, limitar sus competencias y restringir sus recursos. En general, pues, estamos en presencia de una absoluta concentración de poder en el Poder Ejecutivo nacional que es el que determina la línea de actuación de los demás poderes, en sintonía con los intereses de la parcialidad política actualmente gobernando.

En materia de respeto a los derechos fundamentales la situación es también muy preocupante. Los derechos constitucionales relacionados con la oposición y la disidencia son cada vez más asfixiados, restringidos y limitados. Especial mención merecen los derechos de manifestación, libertad personal y de libertad de expresión que son de especial persecución por parte de las distintas ramas del Poder Público. Muy preocupante cómo el Poder Judicial, en los casos que tienen especial interés político, ha usado los mecanismos de justicia constitucional para afectar importantes derechos constitucionales, imponiendo valores personales de los jueces, en desapego del tejido constitucional.

Corolario de esta angustiante situación ha sido la posición que ha asumido el Estado venezolano en los últimos años frente a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión de la violación por parte del Estado de los derechos fundamentales de ciudadanos venezolanos. No sólo que dichas sentencias no son ejecutadas por el Estado, sino que muy especialmente la Sala Constitucional se ha puesto de espaldas a todo el sistema de protección internacional de derechos humanos, previsto en nuestra Constitución y hecho operativo a través de los distintos tratados suscritos por Venezuela. La Sala Constitucional a través de varias sentencias ha i) pretendido establecer mecanismos de control interno de constitucionalidad sobre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ii) ordenado el desacato de sentencias de dicho tribunal hemisférico por considerarlas intromisiones en la soberanía del país, llegando a iii) recomendar al Poder Ejecutivo nacional la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denuncia que fue finalmente ejecutada por el Ejecutivo Nacional. Es decir, se ha dejado a los venezolanos sin la garantía de protección internacional de los derechos fundamentales.

Asimismo, los venezolanos, en aquellos casos que tienen relevancia política, no cuenta con la Defensoría del Pueblo como garantía de protección de los derechos de los ciudadanos pues, por el contrario, en absoluta confusión de lo que consiste su rol constitucional, reiteradamente defiende las actuaciones del Poder Público en desmedro de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En lo que respecta al principio y garantía de la tutela judicial el panorama es más desalentador. De forma sistemática el Tribunal Supremo de Justicia decide los casos sometidos a su consideración, con ocasión de los mecanismos de control judicial de las actuaciones y omisiones del Poder Público, a favor de dicho Poder Público. Basta ver las estadísticas en la materia para darse cuenta que aproximadamente el 95% de las sentencias de control de actuaciones y omisiones del poder son decididas a favor de éste.⁴⁹

⁴⁹ Ver Antonio Canova y otros, *El TSJ al Servicio de la Revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

Asimismo, vivimos una falta de independencia e idoneidad de nuestros jueces. Si analizamos la normativa aplicable pareciera que existen adecuados mecanismos de selección y remoción de jueces. Sin embargo, la independencia y objetividad del juez constitucional está claramente en entredicho. La causa pareciera estar más relacionada con las características propias de nuestra realidad venezolana que con el proceso de selección previsto en la Constitución. Se podría pensar, por ejemplo, en un insuficiente nivel en la formación jurídica de los aspirantes, en una crisis de valores morales y éticos de nuestro ciudadano medio o en una incorrecta comprensión del rol del juez en una sociedad, el cual debe ser imparcial y no actuar a favor de una parcialidad política, despegado así del Derecho.

Este problema además se ve agravado por la inclusión legislativa (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela⁵⁰ y Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana⁵¹) de distintas causales de destitución de jueces y Magistrados, que por su contenido amplio, ambiguo e indeterminado generan un efecto inhibitor en el desempeño imparcial de sus labores. Ello aunado al grave problema de la provisoriedad de jueces en Venezuela, el cual afecta a casi el 85% de los jueces venezolanos,⁵² impidiendo una verdadera independencia judicial. Es más, dicha provisoriedad ha sido entendida como posibilidad de destituir jueces sin causal, ni apertura de procedimiento previo, lo cual ha sido condenado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, la garantía patrimonial ha sufrido fuertes embates en los últimos años. La figura de la expropiación ha sido utilizada sin cumplir con las garantías mínimas constitucionales. Cada vez más se presentan casos de expropiaciones sin que medie verdadera causa de utilidad pública e interés general, pretendiéndose ejecutar además a través de mecanismos *ad hoc* que no cumplen con las garantías constitucionales mínimas de protección del derecho de propiedad. La figura de la expropiación, con todas estas carencias, ha sido usada masivamente en los últimos años sobre tierras, empresas y bienes. Es más, se han establecido mecanismos de intervención de empresas y rescate de tierras que violentan los derechos de propiedad, libertad económica y debido proceso de los ciudadanos. En materia de responsabilidad patrimonial, como ha sido tradicionalmente, los tribunales no desarrollan en toda su amplitud nuestros postulados constitucionales, rechazando acordar indemnizaciones justas y otorgando algunas pírricas después de demasiados años de debate judicial.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, artículo 62 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 6.684 Extraordinario de fecha 19 de enero de 2022.

⁵¹ Ver, por ejemplo, artículo 29 del Código de Ética del Juez Venezolano y Jueza Venezolana, publicado en Gaceta Oficial No. 6.207 de fecha 28 de diciembre de 2015.

⁵² Ver Comisión Internacional de Juristas, *Jueces en la Cuerda Floja. Informe sobre Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela*, 2021, p. 30.

Aunado a ello nos encontramos con las mismas trabas de siempre para la ejecución forzosa de sentencias contra el Estado, principalmente la República, que convierten en verdaderamente nugatoria la garantía patrimonial de los ciudadanos, frente a los daños que nos causa el ejercicio de la actividad estatal.

En general pues estamos en un momento muy difícil para el Estado de Derecho en Venezuela. No existen mecanismos reales para vigilar, controlar, debatir y evaluar las actuaciones del Poder Público y en consecuencia los derechos de los individuos se encuentran debilitados ante un poder concentrado y todopoderoso. Ojalá sepamos los venezolanos conectarnos con nuestras reservas morales y democráticas para poder retroceder en este acelerado deterioro del Estado de Derecho venezolano.

LA IMPOSICIÓN POR VÍAS DE HECHO DE UN INCONSTITUCIONAL MODELO DE ECONOMÍA SOCIALISTA EN VENEZUELA

*María Amparo Grau**

SUMARIO

1. Introducción. 2. El modelo del Estado Social de Derecho y de Economía Social de Mercado que contempla la Constitución venezolana en vigencia desde 1999. 3. La iniciativa pública en la Constitución de 1999. 4. La política del régimen de aniquilación del sector privado mediante el uso inconstitucional distorsionado de una legislación presidencial irreflexiva y desbocada. 5. La instauración de un inconstitucional modelo de Economía Socialista con primacía del Estado Empresario. 5.1. Los Planes de la Nación y la fallida reforma constitucional de 2007; 5.2. La eliminación del principio constitucional de competencia económica; 5.3. El control de los precios, costos y ganancias; 5.4. La estigmatización del sector privado; 5.5. La eliminación de la propiedad privada por regulaciones inconstitucionales y vías de hecho. 6. El fracaso del modelo económico socialista y de Estado empresario y la tendencia a una supuesta protección y beneficios para la inversión privada.

Rendir homenaje al Doctor Humberto Romero-Muci mediante una obra colectiva, propiciada por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, es la mejor manera de reconocer el legado de este jurista que con sus aportes intelectuales ha contribuido tanto al enriquecimiento de la doctrina jurídica venezolana. Me honra participar en esta obra conjunta con un artículo que se origina en una reflexión sobre algo que escribí años atrás, reflexión que me planteé por virtud de una afirmación que le oyerá recientemente al homenajeado en una conferencia sobre la materia de su especialidad: el derecho tributario.

* Doctora en Derecho por la Universidad CEU-San Pablo, Madrid-España. Master en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Cátedra Andrés Bello en el St. Anthony's College de la Universidad de Oxford (2006-2007). Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela en la Cátedra de Derecho Administrativo. Socia del Despacho de Abogados Badell & Grau.

1. Introducción

Con base a una presentación realizada en el Centro de Estudios Latinoamericanos del St Antony's College de la Universidad de Oxford, publicamos en 2009 un libro intitulado "Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela"¹. Analizamos allí la regulación constitucional de su fundamento, tanto en el texto de 1961 como en el de 1999, e hicimos un análisis comparativo de la legislación presidencial producida bajo ambas Constituciones, para luego referirnos a las desviaciones de la numerosa legislación delegada que el presidente, desde 1999 y hasta entonces, había emitido, a saber: la exclusión de la participación ciudadana, las desviaciones de la técnica jurídica, el mal uso de la reimpresión por error material y la violación del plazo de la habilitación.

Afirmamos que la legislación presidencial en base a la delegación parlamentaria se estaba ejerciendo, no sólo de forma ilegal e ilegítima, sino que la misma se estaba produciendo de manera totalmente irreflexiva y desbocada, afectando los elementos esenciales de la ley: su claridad, generalidad y permanencia, y que esa hipernormatividad, irreflexividad y antijuricidad de la legislación presidencial había producido una degradación de la norma que propendía a una situación de anomia, pero entendida en el sentido de la inexistencia de un marco normativo estable.²

El uso de la norma para dictar regulaciones arbitrarias fue calificado por el Dr. Humberto Romero-Muci en la conferencia que le oyéramos y a la cual nos hemos referido en la introducción, como una práctica entrópica. Ahora, en vista a la legislación presidencial que se siguió produciendo, así como a otra serie de actuaciones del régimen a las que nos referiremos en este artículo, muchos años después de la publicación del libro reflexionamos para coincidir con él en cuanto a que en efecto esta exagerada e ilimitada legislación presidencial no sólo lo era, sino que ese fue el objetivo, la subversión total del ordenamiento jurídico para imponer un modelo político y económico distinto al declarado en la Constitución de 1999, desde que ese texto que resultó aprobado por el pueblo no se correspondía en verdad al pensamiento revolucionario; sabían que no era aún el momento de exponerlo y de allí que el proceso constituyente de 1999 sirviera únicamente al objetivo preciso de desarmar los poderes constituidos y no se incluyeran en el nuevo texto los cambios sustanciales, los cuales, sin embargo, a través del caos normativo de la legislación presidencial, comenzaron inconstitucionalmente a imponerse.

¹ El libro *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela* fue publicado por la Editorial Texto, en Caracas, 2009.

² *Ibidem*, p. 57.

2. El modelo del Estado Social de Derecho y de Economía Social de Mercado que contempla la Constitución venezolana en vigencia desde 1999

La Constitución de 1999 proclama a Venezuela como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2) y con un modelo económico social de mercado basado en la libre competencia (artículo 299), con reconocimiento a la iniciativa privada y libertad de empresa (artículo 112), y con respeto a la propiedad privada (artículo 115).

En efecto, el artículo 299 de la Constitución define el régimen socio económico y la función del Estado en la economía y al efecto dispone: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, **libre competencia**, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.” (Destacado y subrayado nuestros).

El artículo 112, por su parte, contempla la libertad económica de los particulares, al establecer: “**Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes**, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.” (Destacado y subrayado nuestros).

El Artículo 115 garantiza el derecho de propiedad al disponer lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará **sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley** con fines de utilidad pública o de interés general. **Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.** (Destacado y subrayado nuestros).

De manera que, conforme al régimen constitucional en vigencia, Venezuela es un Estado social de derecho con una economía social de mercado, con reconocimiento a la iniciativa privada como derecho económico de los particulares, y respeto a su derecho de propiedad, la cual sólo para el cumplimiento concreto de una finalidad de utilidad pública o interés social podrá ser expropiada, mediante un proceso y sentencia judicial, y el pago de la oportuna y justa indemnización.

3. La iniciativa pública en la Constitución de 1999

Al lado de la iniciativa privada se reconoció en la Constitución de 1999 la posibilidad de que el Estado actúe en la economía a través de empresas estatales. Es lo que se denomina la iniciativa pública y que se corresponde con la posibilidad que tiene la Administración Pública de realizar, como uno de los contenidos de su actividad, la prestación de servicios públicos de carácter económico (v.g. transporte, gas, electricidad, teléfono) e incluso actividades de índole comercio industrial, es lo que Garrido Falla denominara la actividad administrativa de gestión económica³.

Esta iniciativa pública está reconocida en ciertos casos en la Constitución, y podría estarlo también en la ley dictada con base, obviamente, a los parámetros del texto fundamental, pues como toda actividad del Estado se exige una norma que le atribuya ese ámbito de acción. No se trata de una competencia sino, en este caso, de actividades económicas que por principio se hallan dentro del espectro de la libertad que en este campo se reconoce a la acción privada. Cada vez que el Estado interviene como agente económico, desarrollando una actividad económica concreta, resta a la libertad económica de los particulares si lo hace reservándose la materia, o, en todo caso, compite con ellos si lo hace de forma concurrente en áreas de la economía que no se reserva, caso en el cual los límites constitucionales que impone el carácter público del ente, pero sobre todo, la concepción de un modelo económico social de mercado con respeto a la libertad de empresa y propiedad privada se imponen con todo rigor para evitar que el poder del Estado, ahora como empresario, afecte estos derechos o, incluso, la estabilidad y calidad del mercado.

Respecto de esa fundamentación normativa que permite la iniciativa pública, la Constitución de 1999 en la definición misma del modelo económico en el artículo 299⁴ la incluye al lado de la iniciativa privada, y se las somete a ambas a los principios de justicia social, democratización, eficiencia y libre competencia, así como al de protección del ambiente, productividad y solidaridad. La norma

³ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 144.

⁴ Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.

dispone: “El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.”

Los ámbitos de esta iniciativa pública igualmente encuentran fundamento en otras disposiciones del texto constitucional. Así, los artículos 302⁵ y 303⁶ reservan al Estado la actividad petrolera, y en la primera de las normas mencionadas se contempla la posibilidad de que la reserva se realice respecto de otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional.

De manera que es clara la Constitución cuando establece que la actividad económica del Estado con carácter reservado, es decir, con exclusión del sector privado y con disminución de su libertad económica, requiere de una ley orgánica respectiva. Se trata, por ende, de reconocer que, en este modelo constitucional de Estado Social de Derecho, el Estado puede excepcionalmente crear empresas con carácter reservado para cumplir esas tareas que le deben ser expresamente asignadas por la ley orgánica en el ámbito de “industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”. Por ende, es ésta una actividad económica excepcional.

La doctrina, sin embargo, reconoce que ese mismo modelo económico social de mercado permite al Estado asumir actividad económica para dar efectivo cumplimiento a la cláusula social. Como bien lo dice Piñar Mañas, la empresa pública encuentra justificación en la calificación constitucional de la Administración Pública como servidora objetiva de los intereses generales en un Estado Social de Derecho.⁷

⁵ Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.

⁶ Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela.

⁷ José Luis Piñar Mañas, “Privatización de Empresas Públicas y Derecho Comunitario”, *Revista de la Administración Pública*. Nº 133, Madrid, 1994, p. 18.

Se refiere Piñar Mañas al artículo 103.1 de la Constitución española, el cual dispone: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

La Constitución de Venezuela de 1999 contiene una norma similar que igualmente somete a la Administración a los intereses generales y a los principios de la buena administración. El artículo 141, en efecto, establece: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

Ahora bien, esta actuación económica del Estado con fundamento en la cláusula social exige la determinación de un interés público concreto que requiera ser satisfecho, pues la actuación estatal no tendría justificación si no existe en verdad esa necesidad por estar ella debidamente atendida por el sector privado. Así lo indica García Pelayo cuando afirma que la actividad económica con fundamento en la definición misma del Estado como Social de Derecho “significa añadir a las funciones estatales las destinadas a crear las condiciones vitales que ni el individuo ni los grupos pueden asegurar por sí mismos...”⁸

En este caso la actuación estatal mediante empresas y como agente económico es más que excepcional, subsidiaria, pues aunque la Constitución no establezca tal subsidiariedad, la misma deriva de la concepción constitucional de un Estado Social de Derecho con reconocimiento de los derechos económicos de los particulares y un modelo económico social de mercado, lo cual, como enseña García Pelayo, impone que la actuación económica del Estado se admita sólo para suplir aquellas condiciones vitales que no generan los individuos y grupos en el ejercicio de sus libertades económicas. El elemento que corrige cualquier desviación en este sentido es no sólo la concepción constitucional de un Estado de Derecho: el Estado como sujeto de derecho y cuyo poder tiene el límite de los derechos humanos, sino además el principio de la competencia. La aplicación de estos límites y principios impide que el Estado pretenda sustituir la acción empresarial privada.

Para cumplir estas actividades de índole empresarial mediante la iniciativa pública, la Constitución contempla la empresa del Estado como mecanismo de descentralización funcional que le permite al Estado cumplir con estos objetivos cuando el interés público así lo requiera y siempre que ello, además, implique un uso racional del gasto público.

⁸ Manuel García Pelayo, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, *Obras Completas*, Volumen III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2869.

Así, el artículo 300 de la Constitución establece: “La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.”

La empresa del Estado es una herramienta, que, tomada originalmente del derecho privado, se ha adaptado al ámbito de lo público para brindar a la Administración una organización con personalidad jurídica propia adecuada a la realización de actividades con fines empresariales. La empresa del Estado permite la realización de actividad prestacional de contenido económico y actividad administrativa de gestión económica, de forma excepcional o subsidiaria.

La Constitución contempla la empresa del Estado, pero no permite la primacía de un Estado empresario que sustituya al sector privado ni que lo reduzca a un rol complementario como ha ocurrido en Venezuela en los últimos 22 años.

4. La política del régimen de aniquilación del sector privado mediante el uso inconstitucional distorsionado de una legislación presidencial irreflexiva y desbocada

Venezuela era bajo la Constitución de 1961 un Estado Social de Derecho y de economía social de mercado, esto no varió en el texto constitucional de 1999, pero sí en las acciones del régimen que inmediatamente después de la aprobación de la Constitución de 1999 comenzó con el accionar entrópico para la afectación de la seguridad jurídica del sector empresarial privado con una legislación presidencial desbocada, toda ella tendente a crear un caos normativo, y siguió con un accionar igualmente entrópico de desdibujar el derecho de propiedad privada, vía igualmente legislación presidencial y otras normas legales y sublegales, así como groseras vías de hecho con incautaciones y apropiaciones administrativas sin procedimiento, sin indemnización y sin intervención judicial, muchas de ellas anunciadas en el discurso político del jefe del ejecutivo que ordenaba expropiaciones, sin responder a un causa concreta de utilidad pública, sino que respondían simplemente una ocurrencia personal del funcionario.

La legislación presidencial que se produjo bajo la Constitución de 1999 se inscribía en este plan de afectación del necesario marco legal estable que requiere la actividad económica privada, que ya había tenido su prueba de inicio bajo la vigencia aún de la Constitución de 1961, con la habilitación otorgada para 4 ámbitos y 28 subdivisiones, con por un plazo de seis meses, en abril de 1999 y con base a la cual el presidente dictó 53 decretos leyes.⁹

⁹ La primera ley habilitante otorgada a Hugo Chávez fue publicada en la Gaceta Oficial N° 36.687 de fecha 26 de abril de 1999.

Hay que tener en cuenta que la competencia del presidente para dictar decretos leyes por delegación parlamentaria fue limitada en la Constitución de 1999 al imponer una mayoría calificada para la aprobación de la ley habilitante, establecer de forma expresa la obligación de fijar un plazo para su ejecución y disponer el carácter de ley base¹⁰ de la misma, al indicarse que la ley habilitante debe establecer el marco de las materias que se delegan al presidente (artículo 203).

Recuérdese que la facultad de dictar decretos leyes bajo la Constitución de 1961 se contemplaba entre las atribuciones del presidente de la República, en el numeral 8 del artículo 190 que le asignaba competencia para “Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ellos por ley especial”. La Constitución de 1999 en el numeral 8 del artículo 236 también así lo prevé, al incluir como parte de las atribuciones del presidente de la República la de “Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley”, pero además contempla una nueva disposición que regula la habilitación, estableciendo en el artículo 203 los límites antes indicados, al disponer: “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 el marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes de base deben fijar el plazo de su ejercicio.”

La calificación de la ley habilitante como una ley de base implica, como bien lo afirmó la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, de fecha 19 de septiembre de 2001, que la misma debe establecer un marco normativo a ser desarrollado por la vía del decreto ley, y, por ende, no se cumple con esta condición, con un mero señalamiento de ámbitos de regulación sin precisión alguna de carácter normativo que imponga “directrices, propósitos y marco” alguno.

A pesar de esta limitación, ni la primera ley habilitante por un plazo de 12 meses que se dictó bajo la Constitución de 1999, en noviembre de 2000¹¹, ni las dos posteriores por un plazo de 18 meses de 2007¹² y 2010¹³ cumplieron con el requisito de ser leyes de base, mantuvieron el mismo sistema de habilitar por ámbitos y múltiples subdivisiones, dando lugar a lo que hemos calificado como una delegación de plenos poderes o de abdicación parlamentaria.¹⁴

¹⁰ José Pena Solís, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen III, Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, 2003, pp. 629 y ss.

¹¹ Gaceta Oficial N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000.

¹² Gaceta Oficial N° 38.617 del 1 de febrero de 2007.

¹³ Gaceta Oficial N° 6.009, Extraordinario, del 17 de diciembre de 2010.

¹⁴ María Amparo Grau, *Separación de Poderes...*, *ob. cit.*, p. 57.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1999, con esta primera habilitación de 2000, se produjeron 49 decretos leyes; en total desde 1999 hasta 2012 se dictaron 233 Decretos leyes, en base a una inconstitucional abdicación parlamentaria, mediante una delegación sin cumplir la característica de ser leyes marcos, y además utilizando la tramposa conducta de anunciar la publicación de decretos leyes en una gaceta oficial ordinaria el último día del plazo, que estarían siendo publicados en gacetas extraordinarias de la misma fecha, cuando lo cierto es que éstos no aparecían sino mucho tiempo después en gacetas pre-datadas, de manera que se creaba la situación de supuestas leyes en vigencia cuyos textos no estaban en verdad publicados. De esta irregularidad dejó constancia el comunicado de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de fecha 2 de diciembre de 2014 en el cual se señaló: “La Academia de Ciencias Políticas tiene el deber de dirigirse a la comunidad para manifestar su preocupación por el proceder inconstitucional seguido por el Presidente de la República, al recientemente dictar Decretos-Ley, anunciados en números ordinarios de la gaceta Oficial los días 18 y 19 de noviembre de 2014 y publicados, efectivamente, a través de diversos números extraordinarios de la mencionada Gaceta, pero tan solo disponibles al público, a partir del día 24 de noviembre, fecha en la que ya había expirado el lapso de la delegación legislativa otorgada al Presidente de la República por la Asamblea Nacional. Advierte esta corporación a la comunidad que, independientemente de su contenido, esos Decretos-Ley son de dudosa constitucionalidad, por cuanto han excedido el límite de la facultad temporal que, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución, le concedió la Asamblea Nacional al Presidente de la República.”

Después de diciembre de 2015, cuando el oficialismo había perdido su mayoría en las elecciones parlamentarias y ya no podía la Asamblea Nacional por tanto emitir estas delegaciones ilimitadas, y para permitir la continuidad de esta legislación presidencial abusiva, se utilizó la técnica de los Estados de Excepción previstos en la Constitución, la cual permite, en efecto, que ante estas circunstancias de emergencia económica, política, social, natural o ecológica, el presidente de la República pueda dictar actos con rango y fuerza de ley, previa declaratoria del Estado de Excepción, sujeto a la revisión sobre su constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y a un plazo, que en el caso de la emergencia económica, que fue la utilizada por el presidente Maduro, no puede ser superior a 30 días, con una sola prórroga por el mismo período de tiempo y la cual debe ser aprobada por la Asamblea Nacional. Aun cuando se exige además la aprobación de dicho Estado de Excepción declarado por decreto presidencial por parte de la Asamblea Nacional, tal requisito nunca se cumplió.

El artículo 337 de la Constitución dispone: “El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación,

de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.”

Sobre el procedimiento y requisitos del estado de emergencia económica, el artículo 338 establece: “(...) Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de sesenta días prorrogables por un plazo igual.

(...) La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional...”.

La figura, tal y como se había hecho con las leyes habilitantes, se usó de forma inconstitucional, violando el procedimiento previsto al carecer de la aprobación del parlamento e irrespetándose el límite temporal de la Constitución con la tramposa conducta de dictar decretos y una única prórroga y reeditando de forma inmediata a su vencimiento nuevas declaratorias con nuevos decretos y sus prórrogas de forma sucesiva hasta mantener esta situación de legislación de excepción por años, asumiendo así el presidente la función de legislar en sustitución de una Asamblea de oposición que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se encargó de anular en su funcionamiento total por vía de sentencias que la declaraban en desacato y anulaban, incluso con efecto a futuros actos, toda la actividad parlamentaria.

Recuérdese además que toda la legislación presidencial, la dictada por vía de habilitación y por ejecución de estos estados de emergencia económica, violó la participación ciudadana en la elaboración de las normas y tuvo una pésima técnica legislativa, leyes con declaraciones de principio, definiciones, conceptos, y regulaciones poco claras, así como también con la desviada e incorrecta conducta oficial de corregir en algunos casos en más de una ocasión las leyes con correcciones de fondo invocando la obviamente inaplicable a estos casos figura de la “reimpresión de copia por error material.”

Cuando estudiamos este tema en pleno desarrollo sostuvimos que con ese “Mundo de legislación presidencial desbocada”, parafraseando a Eduardo García de Enterría¹⁵, se había producido el efecto contrario de una anomia normativa¹⁶, porque era difícil entender el qué, cómo, porqué y para qué se estaba regulando. Hoy, insistimos, tomando la reflexión del homenajeado en esta obra colectiva, el académico Humberto Romero Muci, entendemos que en verdad estas actuaciones

¹⁵ Eduardo García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

¹⁶ María Amparo Grau, *Separación de Poderes...*, ob. cit., p. 57.

deben calificarse más bien como actuaciones entrópicas, dirigidas a causar un desorden y caos normativo intencionalmente provocado con la finalidad de destruir la seguridad jurídica de los particulares en el ejercicio de sus libertades económicas y sobre todo el modelo económico social de mercado, por la vía de una institucionalidad ficticia concretada en la desaplicación del régimen constitucional vigente y con el apoyo de los poderes sumisos a la ideología revolucionaria.

5. La instauración de un inconstitucional modelo de Economía Socialista con primacía del Estado Empresario

5.1. Los Planes de la Nación y la fallida reforma constitucional de 2007

Habiendo entonces mantenido en la Constitución de 1999 un modelo constitucional de Estado social de derecho de economía social de mercado, cómo explicar y entender la acción gubernamental dirigida a aniquilar al sector económico privado a pesar de existir un régimen constitucional que lo protege y, asimismo, la imposición de un Estado Empresario modificando ese sistema constitucional por vía de los hechos, que si bien permite la empresa del Estado como una organización con personalidad jurídica propia de carácter asociativo, que se toma del derecho privado, cuando el Estado requiere realizar excepcional o subsidiariamente actividad de naturaleza comercio industrial, no contempla la primacía de la iniciativa pública sobre la privada en materia económica, sistema que de forma inconstitucional se fue poco a poco instalando en Venezuela.

Es la copia del modelo constitucional de Cuba que no contempla límites entre el ejercicio del poder del Estado y la libertad de los individuos a desarrollarse individual, social, política y económicamente, sin más limitaciones que las previstas en la Ley, como si lo hace la Constitución de Venezuela, conforme a la cual se establece un sistema de constitución económica que reconoce derechos económicos, como el de libertad de empresa, propiedad privada, los cuales suponen que es legítimo realizar actividad económica privada en sana competencia.

Admitir la idea de la primacía del Estado empresario resulta contrario al régimen constitucional del Estado social de Derecho, porque admitir al Estado Empresario implica aniquilar la separación del poder, como principio fundacional, y la libertad económica de los particulares, como derecho fundamental. Es la imposición fáctica del modelo constitucional cubano, conforme al cual se concibe la primacía de la empresa pública, es decir, que el Estado se hace titular de la actividad económica, y, por tanto, ni libertad de empresa, ni mercado, ni propiedad privada encuentran cabida en este sistema.

El artículo 27 de la Constitución de Cuba así lo contempla cuando establece lo siguiente: “La empresa estatal socialista es el sujeto principal de la economía nacional...” “La empresa estatal socialista desempeña el papel principal en la

producción de bienes y servicios y es el representante de la propiedad socialista, aquella que se atribuye al pueblo.” La empresa privada (artículo 22) y su derecho de propiedad en la Constitución cubana queda limitada a la que se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras; con un papel complementario en la economía.

La idea de este Estado Empresario al que se ha atendido en el país desde 1999 se inserta en un modelo en el cual se sustituye la economía de mercado por la economía socialista y esto es lo que explica la práctica del régimen de incluir las expresiones “socialismo”, “estado socialista” y “economía socialista” en los distintos planes de la nación, la fallida reforma constitucional rechazada por el pueblo en 2007 para cambiar el modelo económico, y las regulaciones todas inconstitucionales de rango legal y sublegal que sobre la base de un cambio inexistente del modelo económico constitucional se han venido reiteradamente dictando en Venezuela desde 1999 hasta la fecha.

Recapitulando entonces podemos afirmar que la iniciativa pública concretada a través de la empresa del Estado para la asunción excepcional o subsidiaria de actividades económicas es acorde a nuestro régimen constitucional vigente de un Estado social de derecho, con un modelo económico de mercado, que reconoce la actividad económica dentro del ámbito de libertad de los particulares y la actividad económica del Estado como algo excepcional o subsidiario, por estar referida a áreas constitucional o legalmente permitidas o reservadas o al cumplimiento de la cláusula social frente a las deficiencias del mercado, en cuyo caso se crea justamente este tipo de organización estatal empresarial para que realice esa actividad pero todo ello con el límite preciso de la existencia de un interés público concreto a satisfacer, en cumplimiento del principio de la racionalidad del gasto y con respeto a la libertad económica y derecho de propiedad del sector económico privado.

Un Estado empresario responde a la concepción de un modelo distinto, como es el de economía socialista que niega la libertad de empresa y el reconocimiento de la actividad económica como parte de esa libertad de los particulares, y la pretende sustituir por la participación, para finalmente resultar sustituida por la primacía de la empresa pública y la propiedad socialista y colectiva representada por el Estado.

El Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2001-2007 plantea el Socialismo del Siglo XXI como un “paradigma para el desarrollismo democrático”, lo cual indica el objetivo reformista en lo económico como prioridad del proceso político del régimen. Se programa el desarrollo de la economía social como “vía alternativa y complementaria a lo que tradicionalmente se conoce como economía privada y economía pública.

Dicho de otra manera, el concepto sirve para designar al sector de producción de bienes y servicios que compagina intereses económicos y sociales comunes, apoyado en el dinamismo de las comunidades locales y en una participación

importante de los ciudadanos y de los trabajadores de las llamadas empresas alternativas, como son las empresas asociativas y las microempresas autogestionables” (p. 27).

Lo anterior complementado por un programa de transformación y fortalecimiento del sistema financiero público para potenciar la asistencia financiera para el desarrollo de los sectores productivos y lograr la desconcentración económica, así como el apoyo financiero de pequeños y medianos productores (pp. 37 y 38).

Luego, en septiembre de 2007 se dicta un Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013 con la previsión de un “Sistema Productivo Socialista” y se hace la propuesta presidencial de la reforma constitucional para implementarlo. El Sistema Productivo Socialista del Plan 2007-2013 “Con el fin de lograr trabajo con significado” persigue “la eliminación de su división social, de su estructura jerárquica y de la disyuntiva entre la satisfacción de las necesidades humanas y la producción de riqueza subordinada a la reproducción del capital” (pág. 5) y la “eliminación de la disyuntiva entre satisfacción de necesidad y producción de riqueza” (p. 24).

“La creación de la riqueza se destinará a satisfacer las necesidades básicas de la población de manera sustentable” y a estos fines “El Estado conservará el control total de las actividades productivas que sean de valor estratégico para el desarrollo del país y el desarrollo multilateral y de las necesidades y capacidades productivas del individuo social”, lo cual “conlleva a identificar cuál modo de propiedad de los medios de producción está mayormente al servicio de los ciudadanos y quienes la tendrán bajo su pertenencia”.

A estos efectos, se propone el establecimiento de un “Modelo Productivo Socialista con el funcionamiento de nuevas formas de generación, apropiación y distribución de los excedentes económicos” (p. 24), y “conformado básicamente por las Empresas de Producción Social, que constituyen el germen y el camino hacia el Socialismo del Siglo XXI., aunque persistirán empresas del Estado y empresas capitalistas privadas que podrán igualmente ser transformadas en empresas socialistas productivas” (p. 25).

Cabe destacar que ya antes, el 15 de agosto de 2007 se presentó a la Asamblea Nacional, la propuesta presidencial de reforma constitucional para consolidar la modificación del modelo económico social de mercado por uno de economía socialista, la cual, sin embargo, resultó finalmente rechazada por el poder originario constituyente en el referéndum realizado el 2 de diciembre de ese mismo año. Indica el profesor Brewer Carías que “Con ella, en efecto, se buscaba cambiar radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que con todos sus problemas está regulado en la Constitución de 1999, por el de un Estado Socialista, centralizado, policial y

militarista, con una doctrina oficial “bolivariana”, que se identificaba como “el Socialismo del Siglo XXI” y un sistema económico de capitalismo de Estado.”¹⁷

La reforma en lo económico preveía la eliminación de la libertad económica, la reforma del derecho de propiedad y la imposición de un modelo de economía socialista. Así, se proponía la reforma de los artículos 112, 115 y 299 vigentes, en los siguientes términos:

Artículo 112: “El Estado promoverá el desarrollo de un modelo económico productivo, intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social, y la mayor suma de felicidad posible.

Así mismo, fomentará y desarrollará distintas formas de empresas y unidades económicas de propiedad social, tanto directa o comunal como indirecta o estatal, así como empresas y unidades económicas de producción o distribución social, pudiendo ser éstas de propiedad mixta entre el Estado, el sector privado y el poder comunal, creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista.”

Artículo 115: “Se reconocen y garantizan las diferentes formas de propiedad. La propiedad pública es aquella que pertenece a los entes del Estado; la propiedad social es aquella que pertenece al pueblo en su conjunto y las futuras generaciones, y podrá ser de dos tipos: la propiedad social indirecta cuando es ejercida por el Estado a nombre de la comunidad, y la propiedad social directa, cuando el Estado la asigna, bajo distintas formas y en ámbitos territoriales demarcados, a una o varias comunidades, a una o varias comunas, constituyéndose así en propiedad comunal o a una o varias ciudades, constituyéndose así en propiedad ciudadana; la propiedad colectiva es la perteneciente a grupos sociales o personas, para su aprovechamiento, uso o goce en común, pudiendo ser de origen social o de origen privado; la propiedad mixta es la conformada entre el sector público, el sector social, el sector colectivo y el sector privado, en distintas combinaciones, para el aprovechamiento de recursos o ejecución de actividades, siempre sometida al respeto absoluto de la soberanía económica y social de la Nación; y la propiedad privada es aquella que pertenece a personas naturales o jurídicas o que se reconoce sobre bienes de uso, consumo y medios de producción legítimamente adquiridos, con los atributos de uso, goce y disposición, y las

¹⁷ Allan Brewer Carías, “La Reforma Constitucional de Venezuela de 2007 y su rechazo por el Poder Constituyente Originario”, en José María Serna de la Garza (coordinador), *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 410.

limitaciones y restricciones que establece la ley. Igualmente, toda propiedad, estará sometida a las contribuciones, cargas, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes, sin perjuicio de la facultad de los órganos del Estado de ocupar previamente, durante el proceso judicial, los bienes objeto de expropiación, conforme a los requisitos establecidos en la ley.”

Artículo 299: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios socialistas, antiimperialistas, humanistas, de cooperación, de eficiencia, de protección del ambiente y de solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El Estado, conjuntamente con la iniciativa comunitaria, social y personal, garantizará el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar la calidad de vida de la población, lograr la suprema felicidad social y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución social de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa, política, económica y de consulta abierta.”

La propuesta constitucional rechazada por el pueblo en el referéndum celebrado el 2 de diciembre de 2007 perseguía entonces la sustitución del modelo social de economía de mercado por uno socialista con un mercado intervencionismo empresarial estatal y con preponderancia de una propiedad pública, social y colectiva. Este rechazo popular no implicó, sin embargo, un cambio de rumbo. La acción gubernamental siguió con su regulación y vías de hechos desconociendo el modelo de economía social de mercado, la libertad económica de los particulares y el derecho de propiedad privada.

En efecto, el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación para el período 2013-2019, denominado “Plan de la Patria” entre sus objetivos históricos incluye: “Continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI, en Venezuela, como alternativa al sistema destructivo y salvaje del capitalismo y con ello asegurar la “mayor suma de seguridad social, mayor suma de estabilidad política y la mayor suma de felicidad”, para nuestro pueblo.”

5.2. La eliminación del principio constitucional de competencia económica

Otro de los aspectos impuestos de forma inconstitucional, en la acción de instaurar un modelo de economía socialista y sustituir el modelo económico social

de mercado que contiene la Constitución, fue la derogación de la Ley de Promoción y Protección de la Libre Competencia en el año 2014, sustituida por la Ley antimonopolio dictada con el *“supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria del socialismo”* y a pesar de estar la competencia expresamente contenida como principio del modelo económico escogido por la Constitución de 1999, en su artículo 299.

La importancia de la competencia en este modelo llevó a que tanto la ley, como la doctrina y jurisprudencia dispusieran su aplicación no sólo a los particulares en su actividad económica privada, sino también a éstos cuando fueren más de uno quienes actuaren con carácter de concesionarios en el caso de la actividad económica reservada al Estado (caso Avenza¹⁸) y, además también aplicable a la empresa pública en actividades no reservadas, es decir, cuando el Estado realizaba actividad comercio industrial de forma concurrente con los particulares (v.g. caso de la banca).

El nuevo modelo, al contrario, elimina la competencia en todo sentido, ni para el Estado empresario ni para los particulares hay competencia, pues el Estado pasa a controlar totalmente la actividad económica y el mercado.

5.3. El control de los precios, costos y ganancias

El control de los precios, costos y ganancias. La eliminación del lucro y su sustitución por el de la ganancia justa con el poder del estado de intervenir incluso en la organización de la empresas y disposición de sus medios para la realización de la actividad. Esta regulación ataca en su núcleo propiedad privada y la libertad de empresa que en nuestro modelo constitucional vigente son derechos que confluyen y que otorgan, citando a Luis Fraga Pittaluga, a *“todos los ciudadanos la lógica expectativa de prosperar a través del producto de su trabajo y de sus actividades económicas y lucrativas y de los frutos generados por los bienes que integran su patrimonio.”*¹⁹

5.4. La estigmatización del sector privado

Si la actividad económica privada es un derecho, no es admisible una normativa estatal que se refiera a los sujetos que lo ejercen con calificativos que les equiparan a enemigos de guerra o pretender que actos procedimentales viciados puedan considerarse nulos *“sólo respecto de aquello que pueda ser favorable al comerciante”* (artículo 37 Ley de Costos y Precios Justos).

¹⁸ Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 9 de junio de 1998.

¹⁹ Luis Fraga Pittaluga, *“Propiedad privada y tributación: Una simbiosis necesaria”*, conferencia del 1 de noviembre de 2021. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=p6hTYBQYV_0, fuente consultada en fecha 15 de septiembre de 2022.

Claros ejemplos de la estigmatización del sector privado se encuentran en la referida ley al expresar condenas generalizadas para la actividad empresarial, cuestión no sólo ajena a la materia de una ley, sino además totalmente violatoria de los derechos constitucionales de los afectados. Entre tales referencias, citamos las siguientes: “los abusos flagrantes del poder monopólico en muchos sectores de la economía han originado que la base de acumulación de capital se materialice en los elevados márgenes de ganancia que implica el alza constante de precios sin ninguna razón más que la explotación directa e indirecta del pueblo”; “el poder monopólico o monopsónico y la cartelización, se han constituido en la política aplicada, por los empresarios, para dominar el mercado, siendo ellos quienes fijan los precios y condiciones comerciales, que no se corresponden a referentes internacionales, ni obedecen a una estructura de costos justificables”; o “la generalización de prácticas especulativas produce niveles de inflación exacerbados.”

5.5. La eliminación de la propiedad privada por regulaciones inconstitucionales y vías de hecho

Como entrópica puede igualmente describirse la acción estatal respecto del derecho de propiedad privada. A través de nuevo de la legislación presidencial muchas normas se dedicaron a mermar tal derecho, y en materia económica particularmente relevante fue el Decreto Ley de Costos y Precios Justos,²⁰ cuando en su artículo 7 afectó toda la actividad económica privada a los fines de la expropiación mediante la distorsionada declaratoria de utilidad pública e interés social sobre “todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios.”

Obsérvese que la declaratoria de utilidad pública como requisito de la expropiación supone que a través de una ley se determine una obra o finalidad de tal naturaleza, para el ejercicio de la potestad expropiatoria. Lo que se declara de utilidad pública no es el bien objeto de la expropiación, sino el fin que con ella pretende lograrse.

Los bienes necesarios a estos efectos se determinan posteriormente mediante un decreto de afectación. Aquí la distorsión de la institución expropiatoria es evidente, desde que se afecta toda la actividad económica privada, negando la libre empresa y el derecho de propiedad privada a ella vinculado.

Libertad de empresa y propiedad son derechos que ciertamente confluyen en el Estado Social de Derecho con un modelo de Economía social de mercado, la libertad económica en este sentido incluye la libertad de decidir y realizar la

²⁰ Decreto Ley N° 600 de 21 de noviembre de 2013, publicado en la Gaceta Oficial N° 40.340 de fecha 23 de enero de 2014, que reformaba el Decreto N° 8.331 contentivo de la Ley de Costos y Precios Justos publicado en la Gaceta Oficial N° 39.715 de fecha 18 de julio de 2011.

actividad productiva de su preferencia y hacerse propietario de los beneficios que de este ejercicio legítimo de la acción económica se deriven. “La libertad de empresa se proyecta sobre la empresa como actividad; el derecho de propiedad, sobre la empresa como resultado.”²¹

El mismo tipo de actuación contraria a estos postulados constitucionales ocurre con la regulación contenida en ese mismo artículo 7 que dispone una apropiación anticipada de los bienes mediante una ilegítima incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio “*mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional...*”.

A estas normas acompañaron además numerosas vías de hecho, apropiaciones e intervenciones de empresas y bienes privados, sin procedimiento de expropiación, sin intervención judicial y sin pago de la oportuna y justa indemnización.

El ataque a la noción misma de la propiedad privada fue de tal magnitud que el caos normativo, las vías de hecho, las afectaciones verbales, el uso de la fuerza pública, y en fin una actitud de irrespeto total a la institución desde el gobierno y toda autoridad alineada con su política de desconstitucionalización, así como la obvia entropía de allí generada, impedían una defensa coherente, además por la circunstancia de la inexistencia de un poder judicial autónomo e independiente comprometido con su labor esencial de garantizar el Estado de Derecho y la vigencia y supremacía de la Constitución.

6. El fracaso del modelo económico socialista y de Estado empresario y la tendencia a una supuesta protección y beneficios para la inversión privada

La destrucción del modelo constitucional de economía social de mercado con respeto a la propiedad e iniciativa privada y la imposición de un inconstitucional modelo económico socialista con preminencia del Estado empresario y desconocimiento del sector privado y los derechos económicos individuales presenta un fracaso económico que ha llegado a sumir al país en una crisis humanitaria y a la consideración de un Estado fallido, lo que explica esta reciente tendencia a producir normas de protección a la inversión privada y creación de zonas económicas especiales con beneficios para la misma. Sin embargo, advertimos, que ello no implica un cambio en las ejecutorias acordes al referido modelo socialista.

²¹ Cándido Paz-Ares Rodríguez y Jesús Alfaro Águila-Real, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 983.

No hay rectificación alguna, pues aún en estas normas de supuesta protección y fomento a la inversión privada se encuentran rasgos de ese modelo de economía socialista, en el cual se concebiría, en el mismo estilo de la Constitución de Cuba, admitir la acción económica privada, pero sólo con carácter complementario, es decir, dentro del mismo esquema del Estado empresario como base de la economía.

Sobre esta tendencia en nuestro país pueden citarse dos textos legales: la denominada Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en diciembre de 2017 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.310 del 29 de diciembre de 2017), y la Ley Orgánica de las Zonas Económicas Especiales, dictada por la Asamblea Nacional en julio de este año 2022 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.710 de 20 de julio de 2022).

Ninguna de ellas puede decirse que corresponda a una señal de restitución del Estado constitucional de derecho en Venezuela. La primera, la Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva es totalmente inconstitucional porque resultó de la usurpación de funciones que corresponden a la Asamblea Nacional, por parte de un órgano inconstitucionalmente creado y totalmente incompetente para dictar normas legales y, además, contiene una declaratoria general de interés público para “la materia de inversiones extranjeras” (artículo 4), cuestión que, como se ha explicado, es inapropiada y vislumbra la desviada práctica de hacer expropiable todo bien que a este fin se dedique.

La segunda, la Ley Orgánica de las Zonas Especiales, también contiene una declaratoria inadecuada cuando califica de carácter estratégico y de utilidad pública “el desarrollo de esas zonas económicas especiales, incluidas las actividades económicas que en ellas se ejecuten” (artículo 5), lo cual plantea igualmente el carácter expropiable de todos los bienes y empresas que al desarrollo de estas actividades económicas se destinen.

Además, debe tenerse en cuenta que ambas leyes permiten la idea del Estado empresario como beneficiario de estas normativas. La Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva regula la posibilidad de que el Estado sea, en unión de otros Estados, actor en el tema de las inversiones extranjeras con la inclusión de las “Empresas Gran Nacionales cuyos objetivos y funcionamiento están sujetos a un plan estratégico de dos o más Estados, que garanticen el protagonismo del poder popular, ejecutando inversiones de interés mutuo a través de empresas públicas, mixtas, formas cooperativas y proyectos de administración conjunta, fortaleciendo la solidaridad entre los pueblos y potenciando su desarrollo productivo.”

La Ley de Zonas Económicas, por su parte, exige un convenio de actividad económica que es donde se establecerán las “demás obligaciones que deben ser cumplidas por quienes participen en las mismas, y en este sentido debe tenerse en

cuenta la mención que hacía el artículo 14 del proyecto de dicha Ley que detallaba estas condiciones y que, aunque no se incluyó en la ley, hacía mención a “un porcentaje de participación del Estado en los ingresos brutos y netos.”

De manera que estas condiciones y beneficios para atraer la inversión privada puede seguir siendo una normativa incluida en un modelo fáctico de economía socialista, con primacía del Estado Empresario, y sin garantías al derecho de libertad económica y propiedad, bases fundamentales de la actividad empresarial privada, la cual se estaría considerando sólo de forma complementaria.

Si estas condiciones y beneficios estuvieran enmarcados en el modelo constitucional social de mercado que contempla la Constitución vigente, la iniciativa privada tendría ciertamente garantías, y la empresa del Estado estaría limitada en cuanto a no poder con su actividad incurrir en desviaciones que afecten los elementos básicos de la actividad empresarial privada: libertad de empresa, derecho al lucro, respeto a las reglas de competencia, respeto a la propiedad privada.

Mientras no se restablezca el Estado constitucional de derecho de manera plena no hay garantía alguna de que las normas serán aplicadas con respeto a los derechos de los ciudadanos y con los límites que al ejercicio del poder público imponen los principios fundamentales de la organización del Estado.

EL ABUSO DE LA HABILITACIÓN LEGISLATIVA PRESIDENCIAL COMO HERRAMIENTA ABSOLUTISTA

*Juan M. Raffalli A.**

SUMARIO

1. Breve reseña histórica del tratamiento de las leyes habilitantes en Venezuela. 2. Las Leyes Habilitantes. Aspectos generales y fundamentales. 2.1. Naturaleza jurídica de las Leyes Habilitantes; 2.2. Límites y requisitos de la habilitación legislativa. 2.2.1. Legitimación; 2.2.2. Ley Formal; 2.2.3. Mayoría calificada; 2.2.4. Directrices, propósitos y marcos; 2.2.5. Límites temporales. 3. Control jurisdiccional. 3.1. De las Leyes habilitantes; 3.2. De los decretos leyes. 4. Contenido material del abuso de la habilitación legislativa presidencial. 4.1. La omisión del proceso de formación de las leyes y la consulta ciudadana como mecanismos de control previo; 4.2. Evidencia estadística del abuso. 5. Conclusiones.

1. Breve reseña histórica del tratamiento de las leyes habilitantes en Venezuela

Durante la mayor parte de nuestra historia Constitucional la función legislativa del Congreso de la República, hoy Asamblea Nacional, era indelegable, es decir no existía ninguna norma constitucional que permitiera al Poder Legislativo delegar su función natural en el Poder Ejecutivo pues ello encontraba serios escollos en una cerrada interpretación del principio de separación de poderes, hoy abandonada gracias a la flexibilización derivada del constitucionalismo norteamericano, dando paso a la colaboración interfuncional de los poderes públicos. De esta forma, no fue hasta la Reforma Constitucional de 1954, cuando dadas las especiales circunstancias que vivía el país en ese momento, se incorporó esta potestad delegativa en favor de la Cámara de Diputados y de Senadores, actuando como colegisladores.

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Instituciones de Derecho Constitucional en la Universidad Monteávila.

La misma se limitaba a autorizar de manera extraordinaria y temporal al presidente de la República, para ejercer facultadas determinadas y precisas para proteger la “vida económica y financiera de la Nación”¹.

Esta disposición constitucional fue ratificada en la Constitución de 1947 y se mantuvo inalterable hasta la Constitución de 1953 en la cual no existe disposición expresa alguna en este sentido. Luego en la Constitución de 1961 reaparece la posibilidad de que el presidente pueda dictar medidas en materia económica y financiera “cuando así lo requiera el interés público” pero con una variante, se sometía esta forma de delegación legislativa a la autorización expresa del Poder Legislativo nacional, mediante de una “ley especial”, según lo ordenaba del artículo 190 de la Constitución del 61.

De esta manera, la Constitución de Venezuela se ha inscrito desde 1945 en la tendencia de las llamadas “legislaciones de necesidad”, que suponía la delegación de funciones legislativas en cabeza del presidente para casos extraordinarios, de modo que pudiera contar con la movilidad necesaria para enfrentar situaciones urgentes o de interés público, sin pasar por el extenso y complejo proceso de formación de las leyes que, hasta la Constitución de 1961, dada la estructura bicameral del parlamento, suponía debates en ambas Cámaras. Nótese que, en todo caso, la facultad del presidente, incluso bajo la autorización mediante una Ley especial, presentaba un carácter eminentemente extraordinario y estaba circunscrita al ámbito económico y financiero, lo cual implicaba un límite material intrínseco y predeterminado como eran la economía y las finanzas públicas, aunque no podemos dejar de resaltar que durante las habilitaciones recibidas por los Presidente Pérez, Lusinchi y Caldera, durante la vigencia de la Constitución de 1961, ese límite económico se extendió casi abusivamente a otras áreas aprovechando la elasticidad del ámbito económico el cual cruzan la vida nacional; así se legisló mediante Decretos presidenciales desde la circulación de los motorizados en vías rápidas hasta lo atiente a la industria petrolera.

Pero la Constitución de 1999 transformó sustancialmente el tratamiento constitucional de la habilitación legislativa presidencial, introduciendo cambios dignos de análisis pues tocan la naturaleza misma de esta potestad para legislar y en consecuencia su extensión y límites materiales. Definitivamente la Constitución de 1999 se apartó de la tendencia de las llamadas “legislaciones de necesidad” y se acogió a la figura de las habilitaciones legislativas propiamente dichas. Más adelante nos referiremos a las diferencias entre ambas figuras.

¹ República de Venezuela. Reforma Constitucional. Gaceta Oficial Número 131, extraordinario del 5 de mayo de 1945: “Art. 13. Se agrega al artículo 77, que pasa a ser el artículo 78, una atribución con el texto siguiente: 23, Autorizar temporalmente al Presidente de la República para ejercer determinadas y precisas facultades extraordinarias destinadas a proteger la vida económica y financiera de la nación, cuando la necesidad o la conveniencia pública lo requieran”.

Este cambio radical asumido por el Constituyente de 1999 se concretó con la eliminación del límite material circunscrito a la materia económica y financiera, establecido con rango constitucional desde 1945, dejando así el artículo 203 en manos de la Asamblea Nacional, la facultad de fijar “directrices, propósitos y marco” a las materias que se deleguen al presidente para su tratamiento mediante Decretos con Rango y Fuerza de Ley. Considerando la estructura unicameral del parlamento, dicha norma exige que la aprobación de la Ley Habilitante que contenga esos marcos, propósitos y directrices, sea aprobada con mayoría calificada de tres quintas partes de los Diputados, exigencias estas de mandatorio cumplimiento para evitar la alteración del orden constitucional y en especial en protección del artículo 136 que consagra la separación funcional y la colaboración entre los poderes públicos so pena de usurpación. Esta variación en el modelo de la delegación legislativa podemos apreciarla claramente en las referidas normas constitucionales de 1999, de la siguiente manera:

“Artículo 236: Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley”.

“Artículo 203: “... 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 marcos de las materias que se deleguen al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las Leyes Habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio”. (Destacados agregados).

El tema grueso en este contexto no es que en dicho artículo 203 de manera deliberada el Constituyente haya obviado el requisito de la excepcionalidad y del carácter extraordinario de las medidas que ameritan una legislación rápida por parte del presidente². Lo que resulta realmente alarmante es que, como veremos más adelante y representa el tuétano de esta contribución, estas habilitaciones fuera del ámbito de las “leyes de necesidad”, obvien la imposición de límites materiales y temporales expresos y efectivos que eviten la consumación de una anomalía funcional de la Constitución gracias al abuso de esta figura, lo cual es precisamente lo que viene ocurriendo en Venezuela desde 1999.

² Hildegard Rondón de Sansó, *Garantías y Deberes en la Constitución Venezolana de 1999. Ab imis fundamentis II*, Gráfica Lauki, Caracas, 2011, p. 252: “Además, la Constitución del 99 eliminó las limitaciones que contenía la del 61, tanto las relativas a la materia, como a los motivos. Es decir que la Ley Habilitante no se limita como sucedía en la Constitución del 61 a facultar al Ejecutivo para dictar “medidas: en materias económicas y financieras”, sino que cualquier materia puede ser objeto de la delegación. En el mismo sentido, no se exige una situación específica para que el legislador pueda delegar sus funciones. Planteado lo anterior, no puede entenderse como el legislador esté facultado para establecer las “directrices, propósito y marco de las materias” pero no así su contenido, por cuanto ello equivaldría a decir que el Ejecutivo está libre de escoger las materias sobre las cuales desee dictar decretos”.

2. Las Leyes Habilitantes. Aspectos generales y fundamentales

Dicho lo anterior, es decir, dejando en evidencia que la facultad del Poder Legislativo para habilitar al presidente para que legisle por Decretos de manera amplia y casi ilimitada, sin necesidad de que medien circunstancias extraordinarias, debemos ahora analizar los aspectos generales que normal y naturalmente caracterizan a las Leyes Habilitantes o de habilitación, dado que son mucho más amplias y duraderas que las delegaciones legislativas bajo estados de necesidad que por su esencia y finalidad deben ser muy limitadas en su vigencia temporal.

2.1. Naturaleza jurídica de las Leyes Habilitantes

Partamos de lo más elemental; el principio general de la separación y autonomía funcional de los Poderes Públicos, implica naturalmente que el Poder Ejecutivo ejerza la función de gobierno y con ello la actividad administrativa, y que el Poder Legislativo legisle y despliegue funciones contraloras sobre la administración pública, precisamente por ello, como mencionamos antes, hasta 1945 la función legislativa no era en ningún caso delegable por parte del Poder Legislativo. Ahora bien, considerando la trascendencia de las materias listadas en el artículo 187 de la Constitución que constituyen el núcleo de la garantía constitucional de la reserva legal, se debe concluir que es natural y propio de la función legislativa, el debate político para alcanzar consensos sobre su tratamiento. Estos debates deben armonizar intereses y generar consensos mediante el diálogo entre fracciones políticas y grupos de interés lo que supone incluso el mecanismo de la consulta pública. Estos procesos de diálogo político suelen ser extensos incluso cuando median circunstancias que justifiquen la denominada “urgencia legislativa” que en ocasiones no es suficiente y por ello, ante el riesgo de un disenso parlamentario prolongado.

Esta realidad propia de todos los parlamentos originó en Europa a partir de la Primera Guerra Mundial y sus consecuencias, la necesidad de crear una excepción útil y razonable que permitiera al Poder Ejecutivo en situaciones de urgencia emitir actos de contenido normativo con fuerza de ley³.

Es así como surgen las llamadas “leyes de necesidad” a las que nos hemos referido, como mecanismo para que el presidente legisle temporalmente con carácter excepcional y bajo apremio o urgencia. Estas “Leyes de Necesidad” no

³ Manuel García-Pelayo, *Obras Completas*, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2774: “La primera guerra mundial comenzó a quebrantar este esquema, pues los Parlamentos de los países beligerantes se vieron obligados a otorgar poderes legislativos a sus gobiernos para hacer frente a las necesidades de la contienda. Se pensaba que ello tendría carácter transitorio, pero aquí como en otros aspectos lo excepcional se convirtió en normal y, finalmente, lo normal en normativo.”

deben ser confundidas con las llamadas “Leyes Autorizatorias” o de “Delegación” que no suponen hechos excepcionales o urgentes que las justifiquen, sino que se basan en una simple conveniencia de agilidad normativa y mejor calificación del Ejecutivo para encarar el tiramiento legal de materias específicas y por tiempo determinado⁴.

Precisamente por no obedecer o estar fundada la posibilidad de que el presidente legisle en circunscritas o situaciones de urgencia que incluso pueden implicar medidas extremas como el Estado de Excepción, el Constituyente de 1999 parece haber utilizado un término inadecuado al denominar o calificar como “habilitante” a la Ley formal dictada por la Asamblea Nacional para facultar al Presidente de la República para que dicte Decretos con Fuerza de Ley sin que medie urgencia alguna. Esta imprecisión, no deja de tener relevancia, pues al eliminarse los límites materiales referidos a las materias económica y financiera previstos en la Constitución de 1961 y peor aún, al no requerirse ni siquiera de una situación extraordinaria para que proceda la habilitación, puede concluirse que lo que dispone la Constitución de 1999 en su artículo 203 se ajusta realmente al concepto de “Ley Autorizatoria” o de “Delegación” pues implica una verdadera “Delegación”, esto es una acto legislativo mediante el cual el Parlamento, en calidad de Delegante desplaza o cede al Presidente de la República de manera temporal y circunscrita a ciertas directrices, la competencia para legislar en materia de competencia nacional.⁵

⁴ *Ídem*: “Del estudio comparado realizado en las páginas anteriores se desprende que hay que distinguir dos cosas complementarias distintas, pero que a veces se confunden: la legislación de necesidad y la autorización legislativa o legislación delegada. Ambas tienen en común ser una respuesta a la coerción objetiva de las cosas que en muchas ocasiones impide legislar eficazmente por los métodos ordinarios. Pero la primera tiene como supuesto la actualidad o la inminencia de un hecho insólito o excepcional que ha de ser inmediatamente seguido de una medida o de un conjunto de medidas excepcionales válidas tan sólo mientras permanezca sin allanar la situación que las produjo, no tiene una significación constitutiva, sino defensiva de las instituciones; dicho de otro modo, se recurre a ella cuando las circunstancias impiden el funcionamiento de las competencias atribuidas a los poderes públicos para circunstancias normales”.

⁵ José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol I, Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, p. 300: “Por lo tanto, resulta claro a la luz de los preceptos constitucionales que la ley habilitante se inscribe dentro de la técnica de la legislación delegada, razón por la cual su naturaleza jurídica se corresponde con la de una **ley de delegación**. El mismo *iter* constituyente refuerza esta tesis, porque aun cuando desde el Anteproyecto hasta casi el final de ese *iter*, se mantuvo bajo la denominación de “ley de base”, con las imprecisiones indicadas, siempre predominó la idea de conceptuarla como una ley de delegación, al punto que como quedo dicho, en el momento de modificar el texto propuesto agregándole la coletilla relativa a la fijación del término para su ejercicio, se invocó como

2.2. Límites y requisitos de la habilitación legislativa

Precisamente por haber asumido la Constitución de 1999 la vía de la delegación legislativa sin que medien situaciones excepcionales o de urgencia, se hace aún más patente la necesidad de establecer límites claros y razonables para el ejercicio de la función legislativa en cabeza del presidente, ello para evitar la consolidación de abusos que concreten una anomalía funcional en los poderes públicos en detrimento de la integridad constitucional, lo cual pretendemos denunciar y dejar en evidencia en esta contribución⁶.

Las delegaciones aún calificadas como Leyes Habilitantes y los propios Decretos-Leyes dictados con base en esa delegación, inevitablemente deben estar sujetos a ciertos límites materiales, temporales y a requisitos formales todo lo cual permite el indispensable ejercicio del control de constitucionalidad judicial sobre esas leyes y la función legislativa desplegada por el presidente de la República en virtud de ellas. Veamos a continuación los presupuestos previstos en el artículo 203 de la Constitución, acogiendo la enumeración que hace el profesor José Peña Solís⁷.

2.2.1. Legitimación

La Asamblea Nacional es el único ente del Poder Público que puede transferir su competencia legislativa al presidente de la República, así lo dispone el artículo 203 de la Constitución de 1999, al establecer que las Leyes Habilitantes deben ser sancionadas por la Asamblea Nacional. Debido a lo anterior, los Consejos Legislativos de los Estados o los Consejos Municipales, que constituyen las manifestaciones regionales del poder legislativo con base en el carácter federal y descentralizado de la República, no podrían efectuar una delegación similar sobre la base de esa norma constitucional. Ello se encuentra justificado en el hecho que la función legislativa de los estados y municipios, conforme a sus competencias constitucionales, interesan a la vida local y no todo el ámbito nacional.

motivación por el proponente (Combellas) el carácter de leyes de delegación que revisten las leyes habilitantes.”

⁶ Manuel García-Pelayo, *ob. cit.*, pp. 2785-2786: “Estas necesidades deben, sin embargo, ser armonizadas con la situación preeminente del Parlamento en materia legislativa, de modo que no queden alterados sustancialmente los supuestos del orden constitucional democrático y libre. Para ello las Constituciones modernas han establecido –como hemos visto– ciertas condiciones como la fijación de los fines u objetivos, los principios o bases sustantivas, la temporalidad, etc., de tal manera que no tanto transfieren un poder cuanto que introducen un método legislativo especial que conserva la auctoritas del Parlamento en cuanto que es éste quien otorga y condiciona la potestas legislativa del Gobierno y quien ratifica o rectifica su recto uso. Más adelante volveremos sobre este tema”.

⁷ José Peña Solís, *ob. cit.*, pp. 306-315.

Aunque casi sobre decirlo, es evidente entonces que, conforme al mismo artículo 203 de la Constitución de 1999, el único funcionario del Poder Ejecutivo facultado para recibir la delegación legislativa es el presidente de la República pues es el único que conforme sus competencias constitucionales, puede dictar Decretos-Leyes. Convine aquí destacar que conforme al artículo 233 de la Constitución, en caso de ausencia temporal, e incluso absoluta si produce en los cuatro primeros años del mandato presidencial, asume interinamente la presidencia el Vicepresidente de la República; en tales supuestos el vicepresidente en funciones presidenciales podría ser beneficiario de leyes habilitantes pues ejercería el cargo presidencial con idénticas funciones y límites, de allí que nada justificaría que el presidente ausente pudiera recibir la habilitación y el interino.

2.2.2. Ley Formal

La delegación de la competencia para legislar no puede estar contenida en cualquier acto normativo o acuerdo parlamentario emanado de la Asamblea Nacional, pues el mismo artículo 203 ya citado exige como requisito que la autorización de la habilitación esté contenida en leyes habilitantes las cuales, precisamente por ser leyes formales, deben ser sancionadas conforme al procedimiento ordinario de formación de todas las leyes previsto en la Constitución de la República que implica dos discusiones, el derecho a veto que difícilmente ocurre en estos casos dado que el Presidente es el beneficiario de la delegación y finalmente su promulgación.

La extensión de este proceso de formación de las leyes es lo que ha justificado que en la mayoría de los casos se imprima celeridad al mismo con lo cual las leyes habilitantes pueden ser aprobada mediante la vía de la urgencia legislativa.

2.2.3. Mayoría calificada

Es requisito expreso exigido por el artículo 203 de la Constitución que la habilitación sea sancionada con una mayoría calificada de las tres quintas partes de los Diputados que integran la Asamblea Nacional. Nótese que la mayoría requerida para la aprobación debe contabilizarse en función del número de diputados presentes al momento de iniciarse el debate y no sobre la totalidad de los diputados que integran el Poder Legislativo Nacional pues así expresamente lo establece el mismo artículo 203, lo cual se encuentra justificado pues de lo contrario quedaría expuesta la aprobación de la ley al recurso parlamentario de ruptura del quorum.

En el año 2010 la oposición venezolana regresó por sus curules luego de no participar en las elecciones parlamentarias de 2005. En ese proceso electoral se alzó con un número muy importante de Diputados, lo que impidió a las fuerzas políticas aliada al gobierno, la imposibilidad de continuar con la práctica de conferirse Leyes Habilitantes hasta el año 2013, cuando el Presidente Maduro logró la aprobación de respectiva habilitación apoyado en situaciones constitucionalmente reprochables como el uso del allanamiento de la inmunidad

parlamentaria, lo que marcó un precedente nefasto en nuestro desempeño democrático que se ha mantenido como herramienta de persecución y alteración funcional del poder legislativo⁸.

2.2.4. Directrices, propósitos y marcos

Eliminados los límites que circunscribían las habilitaciones del presidente a materias económicas y financieras, el artículo 203 de la Constitución tímidamente dispone como límite o requisito formal de dichas habilitaciones, que las Leyes Habilitantes establezcan las “directrices, propósitos y marcos” a los fines delimitar las materias sobre las cuales el presidente podrá legislar. Estos tres términos no son sinónimos por ello todo indica que la Ley Habilitante debe expresar sobre qué materias versa la habilitación; cuál es el objetivo que se persigue al delegar al presidente la función legislativa; y qué tipo de medidas o situaciones deben ser tratadas para lograrlo. Si la Ley Habilitante no cumple con estos tres requisitos formales, contravendría el precitado artículo 203 constitucional y sería susceptible de impugnación mediante la demanda popular por inconstitucionalidad. Sin embargo, si bien es cierto que con un exceso en el nivel de detalle de la habilitación y de las medidas que el presidente puede dictar en su ejercicio, se le colocaría una especie de camisa de fuerza para tomar acciones efectivas contradiciendo la delegación misma, no es menos cierto que una suerte de cheque en blanco, como ha venido ocurriendo inveteradamente en Venezuela con las Leyes Habilitantes desde 1999, implica el pase al otro extremo que supone un libertinaje material pleno en la delegación que atenta contra estos límites formales mínimos que dispone el artículo 203 de la Constitución.⁹

Insistimos en que estos límites materiales de las leyes habilitantes son las bases objetivas que pueden permitir el ejercicio del control judicial de constitucionalidad sobre las mismas y sus efectos, por ello, en la medida en que

⁸ Mediante sentencias de fechas 11 de julio de 2013 y 6 de noviembre del mismo año, ambas dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de los Magistrados Gladys Gutiérrez y Deyanira Nieves Bastidas, respectivamente, se allanó la inmunidad parlamentaria a los Diputados Richard Mardo y María Aranguren. Posteriormente mediante sentencia de fecha 31 de marzo de 2014 la misma Sala consideró que la Diputada María Corina Machado perdió su condición de Diputada por haber tomado la palabra en una sesión de la OEA gracias a su incorporación en la lista de oradores del gobierno de Panamá, lo que a la postre significó una ruptura temporal de relaciones entre ambos gobiernos.

⁹ Eduardo García De Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Ed Civitas, Madrid, 1988, p 233: “Los límites de la delegación no han de interpretarse sólo en un sentido negativo, como valedares que no deben ser sobrepasados, sino también en un sentido positivo, como principios que deben ser seguidos y también como la determinación de un ámbito donde el desarrollo normativo ha de producirse. Una norma delegada que exceda de ese ámbito incurrirá en ultra vires por falta de cobertura en la Ley de delegación.”

sean más amplios y casi indefinidos, ese control se circunscribiría solo a otras formalidades objetivas como la mayoría calificada exigida para su aprobación o el proceso formal de aprobación de la ley¹⁰. Sencillamente en presencia de límites materiales y temporales claros y concretos, el Tribunal Supremo de Justicia, si actuara efectivamente como garante de la constitucionalidad de los actos del poder público, podría declarar la nulidad de los actos de ejecución de dictados en ejercicio de la habilitación, es decir de los Decretos-Leyes, cuando excedieran los límites expresos contenidos en la Ley Habilitante que les debería dar soporte. Sobre este tema volveremos más adelante.

2.2.5. Límites temporales

La otra formalidad esencial a la validez de las Leyes Habilitantes es que ella misma exprese su vigencia temporal, esto es el tiempo durante el cual podrá el presidente de la República dictar Decretos con fuerza y valor de Ley dentro de los límites materiales determinados en las directrices, marcos y propósitos.

Este requisito se mantiene, aún y cuando, la extensión de la vigencia bajo las cuales se han conferido Leyes Habilitantes desde 1999 hasta 2014, lleva a concluir que más que un límite temporal razonable, se han autorizado delegaciones amplísimas que han conferido al presidente de la República casi plenos poderes para dictar Decretos-Leyes durante un año y en ocasiones hasta un año y medio y

¹⁰ Pedro Nikken, “La Habilitación para Dictar Decreto Ejecutivos con Fuerza de ley restrictivos de los Derechos Humanos y su Contradicción con el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho Público*, N° 83, Caracas, julio-septiembre, 2000, pp. 10-11: “Además, los límites de la delegación no son definidos por la Constitución, sino dejados a la discreción de la Asamblea Nacional, la cual, en forma genérica, está facultada para fijar ‘las directrices, propósitos y el marco de las materias que delegan’. Es, pues, una apreciación discrecional, cuyos límites tendrán que ser los de razonabilidad y proporcionalidad que normalmente se reconocen a estos actos. No obstante, tales criterios, aplicados a la delegación legislativa, pueden ofrecer ciertas dificultades de control de constitucionalidad. La única limitación que se establece expresamente es la fijación de un plazo para el ejercicio de la habilitación, pero no se establece un plazo máximo, sino que éste es enteramente dejado al arbitrio de la Asamblea Nacional.

A partir de la habilitación, el Presidente o la Presidenta de la República, pueden ejercer la atribución de dictar decretos con fuerza de ley sin otro presupuesto que su juicio discrecional, y por ello con el enorme riesgo de ser también arbitrario, sin otra limitación distinta de las que teóricamente podrían establecerse (o no) en la ley habilitante y sin que recaiga sobre él ningún tipo de control parlamentario (que no puede revocar la habilitación); o judicial (salvo el de constitucionalidad). Todo este poder exacerbado se enfrenta categóricamente con el ejercicio democrático y participativo del gobierno en las vitales materias que, como garantías mínimas a los ciudadanos están resguardadas por la reserva legal.”

en forma reiterada¹¹. Todo un abuso y una desproporción si consideramos que el período constitucional de la propia Asamblea Nacional es de tan solo cinco años. En este supuesto se presenta el polémico punto de cuál sería un límite temporal razonable o cuando es un exceso; en nuestro parecer la ponderación de la razonabilidad debe obrar en función del contenido material y de los objetivos perseguidos con la habilitación; además, parece obvio que la misma duración del período constitucional debe ser un punto de referencia, según mencionamos.

3. Control jurisdiccional

Tanto las Leyes Habilitantes como los Decretos con fuerza y valor de Ley que el Presidente de la República dicte en virtud de las mismas, están sometidos al control jurisdiccional de los actos del Poder Público, como parte del control de la constitucionalidad que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, según veremos a continuación.

3.1. De las Leyes habilitantes

Por ser actos legislativos sometidos a formalidades expresas, las Leyes Habilitantes son revisables judicialmente cuando las mismas incumplan los presupuestos previstos ya mencionados, previstos en el artículo 203 de la Constitución. Estos es: (i) Cuando sea conferida por un ente distinto a la Asamblea Nacional; (ii) cuando se le conceda a una autoridad distinta al Presidente de la República; (iii) cuando no sea aprobada por mayoría calificada constitucionalmente, es decir por las tres quintas partes de los Diputados que conforman la

¹¹ Eduardo García De Enterría, *ob. cit.*, pp. 171-172. “De ello se deriva una consecuencia ineludible: la norma de elaboración administrativa quedará asumida, en efecto, pro el legislador –o, en términos más simples, su rango será el de Ley formal- sólo y en la medida en que haya respetado los límites con que esa asunción se decidió. No hay base alguna para pretender que sea cual sea el respeto que la Administración guarde o no guarde a los límites expresos de la delegación, sus determinaciones normativas tendrán necesariamente el rango de Ley. Esa tesis no sólo no puede ampararse en el mecanismo técnico de la delegación legislativa, sino que más bien y en rigor, lo destruye pura y simplemente, al confundir su funcionamiento con el de otra figura, que además de ser sustancialmente diferente, no tiene tampoco cabida posible en nuestro ordenamiento constitucional, la figura de los *plenos poderes* o de la abdicación puramente formal, sin referirse a contenido alguno, del poder legislativo en el órgano ejecutivo. Si no hay posible delegación legislativa (en este sentido específico que estamos considerando ahora, de asunción anticipada por el legislativo de normas de elaboración administrativa), sin una referencia a una materia y a un contenido más o menos **concretamente determinados**, resulta totalmente ilógico pretender privar luego de toda significación efectiva a dicha materia y contenido entendiendo producido el efecto delegativo aun al margen o en contra de los mismos. La contradicción esencial de esta posición (que es sustancialmente la de nuestro Tribunal Supremo) salta a los ojos.”

Asamblea Nacional; *(iv)* cuando no se exprese en su texto su vigencia temporal; *(v)* cuando no determine los propósitos perseguidos con la delegación; *(vi)* cuando se hayan obviado las directrices y el marco de referencia para dentro de los cuales el Presidente podría dictar los decretos con rango y fuerza de ley.

En nuestro parecer, además de las situaciones ya mencionadas, incluso sería procedente la revisión de la constitucionalidad de la Ley Habilitante, cuando los límites materiales y temporales de la habilitación son a tal punto ambiguos, amplios o generales que no permiten definir un verdadero marco referencial para la actividad legislativa extraordinaria del Presidente de la República pues ello, al final equivaldría a un fraude a los requisitos previstos en el artículo 203 del texto constitucional antes citado y en consecuencia el otorgamiento de prácticamente plenos poder legislativo para el Jefe del Ejecutivo. Además, como ya señalamos ello haría imposible el control material de los actos dictados en ejecución de la Ley Habilitante.

Otra causal de nulidad que incluso ha ocurrido en el ámbito de la práctica abusiva de esta figura es la expiración del mandato de Parlamento delegante. Es decir, la habilitación no puede exceder el período constitucional de la Asamblea Nacional delegante pues equivaldría a delegar una función que ya esos parlamentarios no ostentan.

De modo que una Ley Habilitante que exceda el mandato constitucional de la Poder Legislativo delegante debe tenerse por nula conforme las previsiones del artículo 337 de la Constitución pues se estaría usurpando las potestades del Parlamento entrante. En este supuesto se haría necesario determinar los efectos de la nulidad. En nuestro parecer la nulidad sería parcial pues afectaría únicamente la delegación que exceda el mandato de la Asamblea Nacional delegante pues hasta el fin de tal mandato la delegación es parte de sus competencias y no de la Asamblea Nacional entrante.

3.2. De los decretos-leyes

Por su parte, los Decretos dictados con rango y valor de Ley en ejercicio de una Ley Habilitante, serían revisables judicialmente: *(i)* Cuando sean dictados por una autoridad distinta al Presidente de la República; *(ii)* cuando impliquen una extralimitación de funciones, de decir, cuando traten materias no determinadas en las directrices y en el marco de referencia expresamente señalado en la habilitación y aquí es donde una habilitación amplísima defrauda el control; *(iii)* cuando sean dictados sin observancia de los mecanismos de control u otras formalidades impuestas en la propia Ley Habilitante; *(iv)* cuando se desvíe de los propósitos perseguidos por el ente delegante en la propia Ley Habilitante; y *(v)* cuando sean dictados con posterioridad a la expiración de la habilitación pues ello devendría en una usurpación de funciones que corresponden a la Asamblea Nacional; muy vinculado a este último supuesto tenemos la posibilidad de que la Ley Habilitante se haya dictado dentro del quinquenio legislativo pero con una

vigencia temporal que exceda el quinquenio legislativo, en este caso al ser nula la habilitación que exceda el mandato de la Asamblea Nacional delegante, también serán nulos los Decreto Leyes dictados en virtud de ella fuera del límite temporal del mandato constitucional legislativo.

Obviamente también serán revisables cuando en su contenido los Decretos con rango y fuerza de Ley incurran en cualquiera de los vicios de nulidad que infectan las leyes emanadas naturalmente del poder legislativo.

4. Contenido material del abuso de la habilitación legislativa presidencial

Seguidamente pasamos a validar el título de esta contribución, apoyados en dos hechos incontestables, el primero, cómo las habilitaciones legislativas han permitido obviar en materias fundamentales los procesos de formación de la Ley y de consulta pública; el segundo, como de manera abusiva en ejercicio de las Leyes Habilitantes, se ha legislado de manera ilimitada, incluso mucho más que la propia Asamblea Nacional. Veamos.

4.1. La omisión del proceso de formación de las leyes y la consulta ciudadana como mecanismos de control previo

El debate parlamentario plural es consustancial a nuestros valores democráticos pues dan vida lo que podemos denominar el diálogo social con el Parlamento. De hecho, ese diálogo es un eje de la democracia participativa que proclama intensamente la Constitución desde su preámbulo y su artículo 6 que define al Gobierno de Venezuela como “participativo”. Bajo esta premisa, la propia Constitución en varias normas dispone como requisito formal las mayorías calificadas, tal es el caso de la aprobación de las leyes orgánicas y de las propias leyes habilitantes, lo denota que el Constituyente dispuso que el consenso legislativo fuese un objetivo indispensable en el caso de las leyes emanadas de la Asamblea Nacional que por su importancia deben contar con una sólida legitimidad y aceptación que abonen su efectividad. Todo intento por subyugar el debate parlamentario debe ser reconocido como inconstitucional impropio y únicamente tolerable en situaciones de extrema necesidad, como ocurre en la inmensa mayoría de los países.

Además, la Constitución de 1999 resalta los mecanismos de participación ciudadana, es decir la democracia “participativa”, como elemento sustancial para abusos y excesos que derivan del ejercicio del poder público. Así, dicha Constitución de manera categórica señala los medios de participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos públicos, más allá de del simple ejercicio del sufragio activo y pasivo. Son muchas las expresiones constitucionales de esta participación ciudadana, entre ellas podemos mencionar cabildo abierto y la Asamblea Ciudadana (Artículo 70); el referéndum consultivo (Artículo 71); el referéndum revocatorio del mandato popular (Artículo 72); el referéndum aprobatorio y el derogatorio de leyes (Artículos 73 y 74).

Precisamente un importante vehículo de participación ciudadana lo encontramos en el proceso formación de las leyes que contempla la denominada “Consulta Pública” prevista en el artículo 211 de la Constitución en los términos siguientes:

“Artículo 211: 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. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrado del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; él o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional”.

Ahora bien, uno de los saldos negativos que dejan mecanismos como la habilitación o la delegación legislativa en cabeza del presidente de la República, es que el diálogo parlamentario y la consulta pública terminan por ser obviados al momento que el habilitado o delegado, legisla mediante Decretos unipersonales, no debatidos y no consultados. Se podría argumentar que este mecanismo de consulta pública, puede contravenir la intención y justificación natural de la habilitación legislativa conferida en favor Poder Ejecutivo, por ser la celeridad en el tratamiento de normativo de ciertas materias un elemento indispensable para asegurar su adecuado y oportuno abordaje. Pero, a no dudarlo, al eliminarse en el artículo 203 de la Constitución de 1999 el carácter extraordinario y la urgencia como requisitos indispensables para que opere la delegación; decae cualquier excusa basada en la temporalidad para no privilegiar la consulta pública en materia legislativa, como lo ordena la Constitución; y más aún cuando con base en tales habilitaciones de manera reiterada se ha legislado sobre materias reservadas a leyes ordinarias, como veremos más adelante. Nótese sobre este punto que, incluso, tratándose de materias que requieran celeridad, nada obsta para que el presidente en ejercicio de la habilitación imprima celeridad y brevedad a la consulta pública, pero sin obviarla por completo, lo cual sería solo admisible en el caso de materias de extrema urgencia, como lo señala la Ley Orgánica de la Administración pública, a la cual nos referiremos más adelante.

Según las premisas ya expuestas, pensamos que en incluso en el ejercicio de una Ley Habilitante el presidente de la República no podría menoscabar ni obviar la consulta pública a los ciudadanos y la sociedad civil organizada en el proceso

de formación de los Decretos con rango y fuerza de ley que constituyan el objeto de la habilitación o delegación legislativa¹².

Pensamos que el ejercicio totalmente inconsulto la habilitación podría también constituir un vicio de la nulidad del Decreto Ley que bien podría incorporarse a los ya enunciados en el capítulo anterior.

En este sentido, debemos recordar además que Ley Orgánica de la Administración Pública desarrolla este mandato constitucional en favor de la participación y consulta ciudadana, incluso en el proceso de creación de actos normativos sectoriales por parte del Poder Ejecutivo¹³. No vemos entonces razón alguna para excluir de esta actividad normativa del Poder Ejecutivo a los Decretos-Leyes dictados en ejercicio de Leyes Habilitantes. Todo lo contrario, parece razonable que dada la importancia de estos y las materias que suelen ser tratadas en dichos Decretos, ahora dictados sin el apremio de circunstancias extraordinarias, con mayor razón deberían contar los mismos con esta vía de participación ciudadana que se hace más necesaria dado que tales Decretos no son el producto ni siquiera de actos parlamentarios, esta tesis incluso ha sido

¹² Juan Manuel Raffalli, “La Afectación del Derecho de Propiedad Mediante Decretos-Leyes Dictados en ejercicio de Leyes Habilitantes”, *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Tomo II, Colección Libros Homenaje N° 5, Ed. Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 347-348. “De lo expuesto podemos arribar a un puerto seguro. Incluso bajo el amparo de una Ley Habilitante el Presidente de la República no podría cercenar la participación de los ciudadanos y la sociedad civil organizada en la formación de Decretos con rango y fuerza de ley cuyo contenido afecte o limite derechos fundamentales como el de la propiedad, pues de ser así el Presidente al legislar por delegación estaría ejerciendo la función legislativa en unos términos que ni siquiera disfruta su delegante la Asamblea Nacional, la cual debe respetar la consulta ciudadana en el proceso de formación de todas las leyes, incluso las Habilitantes aún y cuando, por cierto, este requisito al menos bajo el imperio de la Constitución de 1999 no se ha respetado hasta ahora pese a la amplitud que ahora reviste este mecanismo de delegación legislativa.

¹³ República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional. Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.147 de fecha 17 de noviembre de 201: “Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales: Artículo 136.- Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente”.

sustentada en otros países como España¹⁴. Y si, de nuevo, la excusa para obviar la consulta pública es el carácter de urgente de la situación que amerita el Decreto, la propia Ley de la Administración Pública contempla que, en estos casos, se podrá prescindir de dicha consulta cuando se trata de anteproyectos sectoriales a ser enviados a la Asamblea Nacional, por lo que, razonable y analógicamente se podría extender esta posibilidad a los Decretos Leyes dictados por el presidente en ejercicio de Leyes Habilitantes.¹⁵

No podemos finalizar este punto sin destacar con énfasis que no solo se omitieron la consulta ciudadana, sino que además las habilitaciones han sido ejercidas a contrapelo de lo que indica el principio de la confianza legítima, esto es de manera tal que no se sorprendiera a los sujetos pasivos de los Decretos Leyes. En efecto, la mayoría de estos Decretos fueron dictados el último día de la vigencia temporal de la habilitación y pudimos ver con asombro como en una sola gaceta oficial aparecieron publicadas decenas de ellos y de la más variopinta naturaleza, como veremos seguidamente.

4.2. Evidencia estadística del abuso

Hemos señalado que la ausencia de límites materiales y temporales reales y efectivos, aunada a la eliminación del carácter extraordinario que justifica la Leyes Habilitantes, elementos éstos eliminados en el artículo 203 de la Constitución de 1999, ha sido el abono perfecto para que florezca el abuso de esta habilitación a favor de presidentes que, a no dudarlo, han mostrado su vocación

¹⁴ Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya, “El Control de los Decretos Legislativos en el Ordenamiento Español”, en Manuel Aragón Reyes. Manuel y Ángel J, Gómez Montoro (Coords), *El Gobierno Problema Constitucionales*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, p. 454, 2005: “a) Consulta pública: Las Leyes de delegación pueden exigir la consulta en el procedimiento de elaboración de un Decreto legislativo a representantes de las fuerzas sociales o a grupos de interés o de afectados. Así hizo, por ejemplo, la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, en cuyo artículo primero se delegaba al Gobierno la elaboración de un texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral «con audiencia de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos».

Aunque este tipo de consultas a las que puede obligar la Ley de delegación pueden considerarse control en un sentido amplio, ya que, en definitiva, todo mecanismo participativo supone una forma de control del resultado, la actividad que desarrollan las organizaciones a las que ha de consultarse es fundamentalmente de participación de influencia, participación que presumiblemente redundará en un mayor cumplimiento por los destinatarios de lo estipulado en la norma delegada.

¹⁵ República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional. Ley Orgánica de la Administración Pública: “Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales: Artículo 86: “*Omissis*: ... Cuando razones de urgencia así lo aconsejen, el consejo de ministros podrá prescindir de los trámites contemplados en este artículo y acordar la aprobación de un proyecto de ley y su remisión a la Asamblea Nacional”.

absolutista ante Poderes Públicos que han asumido incluso públicamente la pérdida de su autonomía. Precisamente por ello destacamos en el título de esta contribución que las Leyes Habilitantes cuando existe una mayoría parlamentaria oficialista mayor a las dos terceras partes, termina por ser una herramienta de abdicación del poder legislativo en el presidente de la República. Así quedará demostrado con las estadísticas que veremos a continuación, quedando así de bulto la anomalía que significa la profusa actividad legislativa desarrollada por en virtud de Leyes Habilitantes la cual es significativamente mayor a la desplegada por la Asamblea Nacional en uso de competencias legislativas naturales¹⁶.

1) La primera Ley Habilitante bajo el imperio de la Constitución fue solicitada en el mismo año 1999 y fue conferida al presidente Chávez por un lapso de seis meses¹⁷. En ejercicio de esta habilitación, se promulgaron en total nada menos que 53 Decretos con rango y fuerza de Ley. El ámbito material de esta Habilitante fue casi ilimitado pues la misma le permitió legislar en materias de toda índole, como veremos seguidamente detallando cada área y los Decretos con Rango y Fuerza de Ley dictados para regular cada una de ellas:

- a. Impuestos, Tasas, Contribuciones y Aduanas: Creación del Impuesto al Débito Bancario y del IVA. Ley Orgánica de Aduanas. Reforma de Ley de Impuesto Sobre la Renta. Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás ramos conexos. Ley de Arancel Judicial, Ley de Timbre Fiscal.
- b. Finanzas Públicas: Ley de Contratación y Ejecución de Operaciones de Crédito Público. Creación del Fondo de Estabilización Macroeconómica. Ley de Régimen Presupuestario. Ley del Fondo Único Social. Ley Marco que regula el Sistema Financiero Público.

¹⁶ Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana, “Decretos Leyes Dictados por el Presidente de la República, con Base en Ley Habilitante, en el año 2015”, *Revista de Derecho Público*, número N° 143/144, 2015, pp. 194-185: “Si lo vemos en números, el Presidente de la República dictó el 51,28% de la legislación que fue publicada en Gaceta Oficial durante el año 2015 mientras que la Asamblea Nacional hizo lo propio con el 48,71% restante. Ello recordando que, si tomamos como base de cálculo la fecha de sanción del instrumento normativo –en virtud de lo dicho en párrafo anterior al distinguirse entre las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional y las efectivamente promulgadas y publicadas en la Gaceta Oficial– vamos a encontrar que la actividad del Poder Legislativo se reduce al 25,93% y la del Poder Ejecutivo aumenta al 74,07% en relación con la legislación publicada en el año en cuestión. No obstante, no podemos decir que esto sea una novedad. Basta recordar que con la habilitante pasada (2013-2014) el Presidente de la República dictó 57 decretos leyes y solo se promulgaron y publicaron en Gaceta Oficial 12 leyes sancionadas por la Asamblea Nacional”.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 36.687, de fecha 26 de abril de 1999.

- c. Comercio e Industria: Ley de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Empresa. Régimen de Promoción y Protección de Inversiones. Reforma de la Ley del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI).
- d. Administración Pública: Ley Orgánica de la Administración Central. Adscripción de Institutos Autónomos y Fundaciones del Estado. Reforma Ley de Licitaciones. Ley de Simplificación de Trámites Administrativos. Reforma de la Ley del Fondo de Inversiones de Venezuela.
- e. Registros y Notarías: Ley de Reforma de la Ley de Registro Público.
- f. Sector Agrícola y Pecuario: Ley de Crédito para el Sector Agrícola. Ley del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAPFA). Diversos Decretos que suprimen otros fondos sectoriales como los del Cacao y el Café.
- g. Energía, Minería y Petróleo: Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos. Ley de Minas.
- h. Banca y Finanzas: Ley de Regulación de la Emergencia Financiera. Reforma de la Ley del Banco Industrial de Venezuela. Ley del Banco de Comercio Exterior (BANCOEX).
- i. Relaciones Laborales y Seguridad Social: Ley del Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral. Ley Subsistema de Vivienda y Política Habitacional. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Integral. Ley de Reforma Parcial del Subsistema de Salud. Ley de Reforma Parcial del Subsistema de Pensiones. Reforma de la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer. Ley de Creación del Fondo Único Social.
- j. Servicios Públicos: Ley sobre Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales. Ley del Servicio Eléctrico. Reforma Parcial de la Ley del Instituto Postal Telegráfico (IPOSTEL).
- k. Telecomunicaciones: Ley para la Promoción y Protección de las Inversiones en el Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.
- l. Sector Inmobiliario: Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

2) Tan sólo un año después en el año 2000 el presidente Chávez solicitó la segunda Ley Habilitante lo cual incurre en las mismas anomalías indeseables que concretan el abuso de esta figura extraordinaria. Esta segunda habilitación fue conferida por el doble del período de la primera, es decir su vigencia fue de un año¹⁸.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 37.076, de fecha 13 de noviembre de 2000.

En virtud de ella se dictaron 49 Decretos con rango de ley, manteniéndose le mismo vicio de la amplitud material pues en virtud de ella se le permitió al presidente legislar en las siguientes materias:

- a. Impuestos, Tasas, Contribuciones y Aduanas: Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre la Renta.
- b. Finanzas Públicas: Ley que Crea el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica, Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, Ley de Creación del Fondo Único Social.
- c. Comercio e Industria: Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, Ley de Comercio Marítimo, Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social y Ley de Reforma Parcial de la Ley del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI).
- d. Administración Pública: Ley de Reforma Parcial de Licitaciones; Ley N° 370 sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los Órganos de la Administración Central; Ley de la Función Pública de Estadística; Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas; Ley de Reforma Parcial de la Ley de la Función Pública de Estadística; Ley de Orgánica de Planificación; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; Ley de Reforma Parcial de la Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado a los Órganos de la Administración Pública; Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones; Ley sobre el Estatuto de la Función Pública; Ley del Sistema Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres.
- e. Registros y Notarías: Ley de Registro Público y del Notariado.
- f. Sector Agrícola y Pecuario: Ley de Reforma Parcial de la Ley de Crédito para el Sector Agrícola; Ley del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA); Ley de Pesca y Acuicultura; Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.
- g. Energía, Minería y Petróleo: Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana; Ley Orgánica de Hidrocarburos.
- h. Banca y Finanzas: Ley de Estímulo para el Fortalecimiento Patrimonial y la Racionalización de los Gastos de Transformación en el Sector Bancario; Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero; Ley de Transformación del Fondo de Inversiones de Venezuela en el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, Ley de Reforma Parcial a la Ley del Banco de Comercio Exterior (BANCOEX); Ley de los Fondos y las Sociedades de Capital de Riesgo; Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

- i. Servicios Públicos: Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional, Ley General de Puertos, Ley de Aviación Civil, Ley de Armonización y Coordinación de Competencias de los Poderes Públicos Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines domésticos y de electricidad, Ley General de Marinas y Actividades Conexas, Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, Ley de los Cuerpos de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencias de Carácter Civil, Ley de Procedimiento Marítimo.
- j. Telecomunicaciones: Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.
- k. Geoeconómico: Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, Ley de Zonas Costeras, Ley de Zonas Especiales de Desarrollo Sustentable (ZEDES).
- l. Científico: Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación.
- m. Seguridad: Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana.
- n. Seguros: Ley del Contrato de Seguro, Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.
- o. Turismo: Ley Orgánica de Turismo.

3) Luego de un receso considerable atribuible al hecho de que la oposición no concurrió a las elecciones parlamentarias de 2005 y por ello no tenía presencia en la Asamblea Nacional, el presidente Chávez solicitó una tercera Ley Habilitante en el 2007, la cual le fue otorgada nuevamente con una vigencia exagerada, esta vez de 18 meses. Nótese como en esta ocasión se triplicó la vigencia de la primera habilitación lo cual representa una tendencia creciente y sostenida en el tiempo conferido al presidente para legislar por esta v.

En ejercicio de esta tercera habilitación el presidente Chávez dictó 59 Decretos con rango y fuerza de ley, en las materias más disímiles que podemos imaginar, dado que persistió el vicio de conferir la habilitación prácticamente sin límites materiales. De esta manera el presidente legisló en materia de:

- a. Impuestos, Tasas, Contribuciones y Aduanas: Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto Sobre Alcohol y Especies Alcohólicas, Ley de Reforma Parcial de la Ley de Impuesto sobre Cigarrillos y Manufacturas de Tabaco, Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas, Reforma Parcial de la Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado.
- b. Finanzas Públicas: Ley que Regula la Devolución al Tesoro Nacional de las Sumas Acreditadas en las Cuentas de la República y de sus Entes Descentralizados Funcionalmente sin fines Empresariales Provenientes de Créditos Adicionales, Ley de Reforma Parcial de la Ley que Crea el Fondo para la Estabilización Macroeconómica, Ley de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, Ley de

Creación del Fondo Social, para la Captación y Disposición de los Recursos Excedentarios de los Entes de la Administración Pública Nacional.

- c. Comercio e Industria: Ley Especial de Defensa Popular contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecta el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios; Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento; Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI); Ley Especial de Defensa Popular contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecta el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios.
- d. Administración Pública: Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación, Ley que crea la Condecoración “Orden al Mérito del Médico Bolivariano Dr. Gilberto Rodríguez Ochoa”, Ley de Reforma de la Ley de Supresión del Instituto Nacional del Menor, Ley de Reforma Parcial de Ley de Metrología, Ley de Contrataciones Públicas, Ley del Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES), Ley Orgánica de Simplificación de Trámites Administrativos, Ley Orgánica de la Administración Pública, Ley de Reestructuración del Instituto Nacional de la Vivienda, Ley de Reforma de la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda INAVI, Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- e. Sector Agrícola y Pecuario: Ley de Reforma Parcial de la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, Ley de Creación del Fondo para el Desarrollo Agrario Socialista, Ley de Pesca y Acuicultura, Ley de Bosques y Gestión Forestal, Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas y Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria, Ley del Banco Agrícola de Venezuela, Ley de Salud Agrícola Integral, Ley de Crédito para el Sector Agrario, Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria.
- f. Energía, Minería y Petróleo: Ley de Migración a Empresa Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco, así como de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas; Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana.
- g. Banca y Finanzas: Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular, Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES); Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Demás Unidades de Producción Social; Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

- h. Relaciones Laborales y Seguridad Social: Ley de Reforma de la Ley del Instituto del Seguro Social.
- i. Servicios Públicos: Ley de Supresión y Liquidación del Servicio Autónomo de Vivienda Rural; Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional; Ley Derogatoria del Decreto N° 6067 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Sistema Nacional del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia; Ley de Canalización y Mantenimiento de las Vías de Navegación; Ley Orgánica del Transporte Ferroviario Nacional; Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.
- j. Sector Inmobiliario: Ley de Reforma Parcial de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.
- k. Penal: Ley Especial de Amnistía.
- l. Cultura: Ley de Supresión y Liquidación del Consejo Nacional de la Cultura.
- m. Seguridad y Defensa: Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.
- n. Turismo: Ley Orgánica de Turismo.
- o. Geográfico: Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos.
- p. Vivienda y Hábitat: Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat.

4) La cuarta Ley Habilitante conferida al presidente Chávez fue promulgada el 17 de diciembre de 2010, y nuevamente por un período exagerado de 18 meses¹⁹. La justificación esta vez fue requerir poderes legislativos para atender la necesidad de atender las emergencias suscitadas en casi todo el país por las fuertes lluvias que dejaron como saldo miles de damnificados. Pero en total se promulgaron en ejercicio de cuarta habilitante, 54 Decretos-Ley sobre materias que nada tenían que ver con la emergencia causada por las lluvias, lo que deja de bulto el ánimo de abuso que se escondía detrás de esta nueva solicitud de habilitación.

- a. Impuestos, Tasas, Contribuciones y Aduanas: Ley de Tasas Portuarias.
- b. Finanzas Públicas: Ley Orgánica de Creación del Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción; Ley de Supresión y Liquidación del Fondo para el Desarrollo Endógeno; Ley del Fondo Ezequiel Zamora para el fortalecimiento y financiamiento de la Gran Misión Agro Venezuela; Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Creación del Fondo Simón Bolívar para la Reconstrucción; Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración

¹⁹ Gaceta Oficial 6.009 Extraordinario, de fecha 17 de diciembre de 2010

- Financiera del Sector Público; Ley Orgánica Relativa al Fondo de Ahorro Nacional de la Clase Obrera y al Fondo de Ahorro Popular; Ley del Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias.
- c. Comercio e Industria: Ley de Costos y Precios Justos; Ley de Crédito para el Sector Manufacturero; 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.
 - d. Administración Pública: Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación; Ley para la Transformación y Reconstrucción Integral de la Región de Barlovento en el Estado Miranda; Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Administración Financiera de Sector Público; Ley para la Gran Misión Hijos de Venezuela; Ley de la Gran Misión En Amor Mayor Venezuela, Ley Orgánica del Consejo de Estado; Ley de Creación de la Corporación de Desarrollo Jacinto Lara (CORPOLARA); Ley Orgánica de Bienes Públicos; Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación; 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; Ley de la Gran Misión Saber y Trabajo; Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado.
 - e. Sector Agrícola y Pecuario: Ley de Atención al Sector Agrícola, Ley de Atención al Sector Agrario.
 - f. Energía, Minería y Petróleo: Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos; Ley Orgánica que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares de éstas; Reforma Parcial el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración del Oro, así como las conexas y auxiliares de éstas, Ley que Crea Contribución Especial por Precios Extraordinarios y Precios Exorbitantes en el Mercado Internacional de Hidrocarburos.
 - g. Banca y Finanzas: Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, Ley del Banco Agrícola de Venezuela C.A.
 - h. Relaciones Laborales y Seguridad Social: Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Alimentación para los Trabajadores y Trabajadoras; Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras; Ley Especial para la Dignificación de Trabajadoras y Trabajadores Residenciales, Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social; Ley Especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

- i. Servicios Públicos: Ley Especial de Refugios dignos para Proteger a la Población en casos de emergencias o desastres; Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y Otras Atribuciones.
- j. Sector Inmobiliario: Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda, Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela, Ley Contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, Ley Especial de Secularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos o Periurbanos, 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; Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestaciones de Vivienda y Hábitat; Ley para la Determinación del Justiprecio de Bienes inmuebles en los casos de expropiaciones de emergencia con fines de poblamiento y habitabilidad.
- k. Seguridad y Defensa: Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Ley Especial de Reincorporación a la Carrera Militar y al Sistema de Seguridad Social de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.
- l. Espacio Territorial: Ley Orgánica de Dependencias Federales, Ley de Creación del Territorio Insular Francisco de Miranda.
- m. Judicial: Ley del Código Orgánico Procesal Penal.
- n. Turismo: Ley Orgánica de Turismo.

Nótese que entre 2007 y 2010, es decir en tres años, el presidente pudo dictar Decretos con rango de ley, ese período de tiempo equivale a más de la mitad de un período constitucional de la Asamblea Nacional. De esta forma queda en evidencia que mucha más actividad legislativa desplegó el presidente que el Poder Legislativo Nacional.

5) A los pocos meses de asumir el cargo de presidente de la República, Nicolás Maduro continuando con esta práctica abusiva, requirió su primera Ley Habilitante en noviembre de 2013²⁰. La misma le fue conferida por doce meses incurriéndose en la misma mala práctica de extender la habilitación con una extensión temporal exagerada y un ámbito material amplísimo. La excusa baladí bajo la cual se solicitó esta habilitación fue la lucha contra la corrupción y la “guerra económica” que el presidente Maduro ha utilizado como excusa para evadir la responsabilidad de su administración en la crisis económica. Durante su vigencia el presidente Maduro dictó nada menos que 57 Decretos-Leyes en los siguientes ámbitos y materias:

²⁰ Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario, de fecha 19 de noviembre de 2013.

Entre los Decretos con rango y fuerza de Ley más importantes dictados durante su vigencia podemos citar:

- a. Comercio e Industria: Ley para la creación del Centro Nacional de Comercio Exterior y la Corporación de Comercio Exterior; Ley Orgánica para el Control de los Costos, Precios y Ganancias. Ley Orgánica de Precios Justos. Ley de Inversiones Extranjeras.
- b. Sector Inmobiliario: Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el uso Comercial.
- c. Política Monetaria: Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos.
- d. Inversiones extranjeras: Ley de Inversiones Extranjeras.
- e. Patrimonio Nacional. Ley de Bienes Públicos y Reforma de la Ley contra la Corrupción.
- f. Seguridad y Defensa. Ley de Seguridad de la Nación. Ley de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. Ley de régimen para la revisión, rectificación, reimpulso y reestructuración del Sistema Policial y órganos de Seguridad Ciudadana.
- g. Fehaciencia Pública: Ley de Identificación. Ley de Registros y del Notariado.

Nótense entonces que esta primera habilitación a Nicolás Maduro, adoleció del mismo vicio de falta de limitación racional material y temporal, pues resultó extremadamente amplia y su texto no deja lugar a dudas sobre el cumplimiento tan solo aparente de delimitar materias y directrices, cuando realmente ha sido concebida casi sin límites materiales.

6) Pero no conforme con la amplitud que durante un año le permitió legislar a diestra y siniestra, Nicolás Maduro, inseguro ante la presión internacional en contra de sus prácticas no democráticas, requirió tan solo cuatro meses después de expirar la Ley Habilitante de 2013, requerir una nueva habilitación la cual le fue conferida el 15 de marzo de 2015²¹. Su objeto fue reforzar la garantía de “los derechos de soberanía y protección del pueblo venezolano y el orden constitucional de la República”. Bajo semejante excusa nuevamente dictó un número considerable de Decretos-Leyes que abarcan desde el mantenimiento del cartel de la Montaña donde reposan los restos de Chávez, hasta la creación y reformas de normas en materia de precios, impuestos, régimen cambiario, fronteras, beneficios laborales, mercado de valores, Banco Central, administración financiera del sector público y actividad aseguradora.

²¹ Gaceta Oficial número 6.178 Extraordinario del 15 de marzo de 2015.

Los profesores Silva Aranguren y Gabriel Sira, listan todos estos Decretos-Leyes considerando los dos objetivos de la habilitación, de la siguiente manera²²:

“Numeral 1: “Reforzar la garantía del ejercicio de los principios constitucionales de soberanía y autodeterminación de los pueblos; protección contra la injerencia de otros estados en asuntos internos de la República, acciones belicistas, o cualquier actividad externa o interna, que pretenda violentar la paz, la tranquilidad pública y el funcionamiento de las instituciones democráticas, por un mundo más seguro”. Con esa base dictó:

- 1) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Soberanía Territorial y la Paz.
- 2) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras.
- 3) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inamovilidad Laboral.
- 4) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de los Consejos Presidenciales de Gobierno del Poder Popular.
- 5) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Preservación del Cuartel de la Montaña y su Memoria Histórica.
- 6) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Fronteras.
- 7) Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- 8) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora.

Numeral 2: “Protección del Pueblo y de todo el Estado frente a actuaciones de otros países o entes económicos o financieros transnacionales, o de factores internos, dirigidas a perturbar o distorsionar la producción, el comercio el sistema socioeconómico o financiero, así como los derechos y garantías asociados”. Con esa base dictó:

- 1) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta.
- 2) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras.
- 3) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.
- 4) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores.

²² Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana, *ob. cit.*, pp. 201.

- 5) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores.
- 6) Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela.

5. Conclusiones

Hemos visto la profusa actividad Legislativa desplegada por Hugo Chávez y Nicolás Maduro como beneficiarios de varias Leyes Habilitantes. Ha quedado en evidencia la exagerada duración de estas habilitaciones y como han sido ejercidas para legalizar unipersonalmente en las materias más trascendentes que se encuentran al tratamiento legislativo por formar parte de la reserva legal consagrada en el artículo 187 de la Constitución.

No hay dudas de que se inició la revolución bolivariana, en Venezuela se ha venido abusando consistentemente de las habilitaciones legislativas, permitiendo al presidente prácticamente suplantar la función legislativa de la Asamblea Nacional, al emitir muchos más Decretos con Rango y Fuerza de Ley en todo tipo de materias, que superan con creces las leyes formales promulgadas por el Poder Legislativo. La fórmula utilizada ha sido la promulgación de Leyes Habilitantes en clara inobservancia de los requisitos esenciales de limitación temporal y material, bajo la perversa apariencia de dar cumplimiento a los mismos para dar la impresión formal de que se ha cumplido con lo previsto en el artículo 203 de la Constitución.

Este abuso no sólo ha hecho menguar la actividad legislativa en su titular natural, sino que priva a los ciudadanos y en general a nuestro sistema democrático de dos elementos centrales, el disenso en la formación de las leyes y los mecanismos de consulta pública a los sectores más interesados y afectados por el contenido de la legislación contenida en los Decretos. Recordemos que este mecanismo de participación ciudadana está previsto expresamente en la Constitución de 1999 y es desarrollado en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Este abuso se concreta y perdura gracias a la falta de control jurisdiccional efectivo sobre las Leyes Habilitantes dictadas por la Asamblea Nacional prácticamente sin límites materiales y con amplitud temporal exagerada. Recordemos que ante la Ley Habilitante como los Decretos-Leyes dictados en virtud de ella son revisables judicialmente en caso de incumplimiento de los requisitos formales, objetivos y subjetivos, previstos en la Constitución.

Lamentablemente, aún y cuando se han introducido algunas acciones de nulidad en este sentido, las mismas o no son admitidas, o se admiten y luego pasan muchos años sin decisión y si se resuelven se declaran improcedentes o “improponible”, curioso término que termina por desechar la acción.

Pero al final no podemos dejar de concluir que se trata de una conducta deliberada destinada a exacerbar los poderes del presidente de la República dando al traste con el principio de separación de poderes y evitando el diálogo parlamentario y el balance de fuerzas que permiten un control político sobre la actividad de gobierno. Es decir, las Leyes Habilitantes se han convertido en un instrumento de la revolución para alimentar el ejercicio absolutista del poder defraudando el contenido del artículo 187 de la Constitución que atribuye las competencias exclusivas del Poder Legislativo Nacional lo que constituye una nueva actitud antidemocrática.

DERECHO LABORAL

SISTEMA NORMATIVO DE LA OIT Y DERECHO LABORAL IBEROAMERICANO*

*Humberto Villasmil Prieto***
*César Augusto Carballo Mena****

SUMARIO

I. La OIT y América Latina: apuntes para entender una relación de 100 años. II. Bloque de constitucionalidad y sistema normativo OIT. III. Colofón. Referencias bibliográficas.

I. La OIT y América Latina: apuntes para entender una relación de 100 años

§ 1.

Cuando el mundo vivía el fin de una de las dos Guerras Mundiales que vio pasar el Siglo XX, un “siglo corto”¹ que no comenzó sino hasta 1919 con el fin de la Primera Guerra Mundial (IGM) y que terminaba antes con la caída del Muro de Berlín en 1991, nació la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Se trata de una agencia especializada de las Naciones Unidas, más antigua que esta, como veremos en lo adelante; la única de conformación tripartita, caso inédito en cualquier otra experiencia de organismos internacionales y, por fin, con

* El presente ensayo revisa y actualiza la “Nota introductoria” del libro *Derecho laboral iberoamericano: influencias del sistema normativo de la OIT*, Humberto Villasmil y César Augusto Carballo (directores académicos), tirant lo blanch – Universidad Libre, Bogotá, 2020.

** Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). hvmcbo57@gmail.com.

*** Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). carballomena@gmail.com.

¹ Ver E. J. Hobsbawn, *Extremes. The Short Twentieth Century 1914-1918*, Edición en Español, Crítica, 1998.

competencias normativas en tanto y cuanto tiene reconocido mandato para adoptar Convenios internacionales del trabajo², que vienen a ser tratados internacionales, pero con una especificidad que le fue reconocida desde el primer momento.

En 1918, el presidente Woodrow Wilson pronuncia un discurso ante el Congreso de los EE.UU. que fue conocido como los *Catorce Puntos de Wilson*, lo que resultó determinante para el nacimiento de la OIT³.

En efecto, en el último de ellos decía que para procurar terminar la guerra y precaver que no hubiese una segunda era necesario crear una Liga o Sociedad de las Naciones que fuese capaz de garantizar la paz en el mundo⁴. En ese momento se lanzaba el mensaje que justificó también el nacimiento de la OIT en 1919, junto a la Liga de las Naciones y en el mismo Tratado de Paz. Ello explica el preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919: *Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social*.

Esta circunstancia es muy relevante porque ese maridaje no perduró. Entre los más ilustres cadáveres del fin de la Segunda Guerra Mundial (IIGM) -quizás el más emblemático- estuvo la Liga de las Naciones. La Conferencia de San Francisco de 1945 significó el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas.

Con todo, en una circunstancia tan brillante como inédita, la OIT que nació como una agencia especializada de la Liga de las Naciones logró esquivar aquella circunstancia histórica donde pudo haber desaparecido junto con esta última. En América Latina los años previos a la Guerra del 14 fueron indudablemente convulsos.

² Hasta la fecha, la OIT adoptó 432 instrumentos normativos: 190 fueron convenios y 206 recomendaciones. De esos convenios, 11 son fundamentales y cuatro de gobernanza (prioritarios). 79 convenios están actualizados y 17 retirados. Se adoptaron igualmente 6 protocolos. En total, 159 convenios están en vigor. De las 206 recomendaciones adoptadas hasta la fecha, 50 se retiraron.

³ En sus memorias y a propósito de la significación de la decisión de Wilson de asistir personalmente a la Conferencia de Paz, Samuel Gompers escribió: “Los duros y agobiadores meses de discusión se dejaban sentir en nuestro presidente. Desde el principio dudé de lo conveniente que sería volver a Europa. Causó verdadero júbilo la decisión de Wilson de asistir en persona a la Conferencia de la Paz. La aclamación con que fue acogido por personas de todas las clases sociales le dio un gran poder y una abrumadora responsabilidad. Era considerado como el portavoz del nuevo ideal.” Samuel Gompers, *Setenta años de vida y trabajo. Una autobiografía*, Ediciones Europa, Madrid, 1960, p. 449.

⁴ “14. La creación de una asociación general de naciones, a constituir mediante pactos específicos con el propósito de garantizar mutuamente la independencia política y la integridad territorial, tanto de los Estados grandes como de los pequeños”.

El *corolario Roosevelt* de la *Doctrina Monroe* se había expresado de manera contundente y la política del *Big Stick* (Gran Garrote) del republicano Theodore Roosevelt (1901-1909) –“*Speak softly and carry a big stick*” (habla suavemente y lleva un gran garrote)- orientaron la acción exterior de los EE.UU. en aquel tiempo previo a la IGM y desde luego durante su desarrollo hasta 1919.

De treinta y tres (33) Estados firmantes del Tratado de Versalles, miembros originarios de la Sociedad de las Naciones, trece (13) fueron del continente americano (EE.UU., Canadá y América Latina), esto es, 39% de los países fundadores. De trece (13) Estados invitados a adherirse al pacto, seis (6) fueron países latinoamericanos, es decir, 46%. En consecuencia, de 46 Estados fundadores, 19 (41.3%) fueron países del continente americano y 17 (36.9%) de la América Latina. Costa Rica ingresó a la OIT en 1920, la República Dominicana lo hizo en 1924, México en 1931, mientras que EE.UU. y Ecuador no lo hicieron sino hasta 1934. Estos dos últimos fueron firmantes del Tratado, pero sus parlamentos nacionales respectivos no lo ratificaron.

Distante aún el inicio del proceso de descolonización de las repúblicas del Caribe⁵ que debió esperar el fin de la IIGM, estuvieron presentes en la Conferencia de Paz de París solo Cuba y Haití. Las *British West Indies Islands* – las Antillas británicas- no habían accedido a su independencia, como tampoco Surinam o la Guyana Inglesa, en territorio continental, ni Belice, en el istmo de Centroamérica, que no nació como república independiente sino hasta 1980.

El caso de México fue del todo distinto pues el país no fue invitado a la Conferencia de Paz de París. La Constitución mexicana de 1917 fue la primera del mundo que incorporó en su articulado los derechos sociales. Promulgada el 5 de febrero de 1917, se anticipó dos años a la Constitución de la República de Weimar y a la Constitución de la OIT, ambas de 1919. Pero incluso el más célebre y estudiado artículo de la Constitución mexicana de 1917, el art. 123, que integraba el Título Sexto (*Del Trabajo y la Previsión Social*) tuvo para muchos historiadores y juristas una influencia directa en el Tratado de Versalles de 1919, instrumento que significó la carta de nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo.

Esta tesis se sustentaría en una lectura contrastada del mencionado art. 123 con el art. 427 del Tratado de Versalles que se conociera como la *Carta del Trabajo* y que formara parte de la Constitución de la OIT. Ambos textos, en lo que refiere a las materias que serían después objeto de los primeros convenios

⁵ “Entre la península de la Florida y las bocas del Orinoco hay una cadena de islas que parecen formar las bases de un puente gigantesco que no llegó a ser construido. Esas islas son a la vez las fronteras septentrionales y orientales del mar del Caribe y del golfo de México, y los nudos terrestres que enlazan por la orilla del Atlántico las dos grandes porciones en que se divide el Nuevo Mundo.” Juan Bosch, *De Cristóbal Colón a Fidel Castro. El Caribe, Frontera Imperial*, 11ª edición, Editora Corripio, Santo Domingo, 2000, p. 33.

internacionales adoptados por la OIT, es decir, salario, jornada, derecho al descanso, prohibición del trabajo infantil, y derecho de asociación, entre otros, guardan similitudes del todo sorprendentes, sobre lo cual, atentos a su relevancia, volvéremos.

Las potencias vencedoras, que habían resentido la política de neutralidad del gobierno de Venustiano Carranza, cobraron esa postura dejando de invitar a México a la Conferencia de Paz⁶, lo que tenía entre otras significaciones muy particulares el dejar de hacerlo con un país que había adoptado la emblemática Constitución de Querétaro de 1917 –la primera que encarnó la idea de Estado Social de Derecho⁷- y que tendría una lógica influencia en el desarrollo del constitucionalismo social y de la legislación laboral en América Latina⁸.

Albert Thomas, primer Director General de la OIT, entendió de inmediato aquella incoherencia e intentó por todos los medios atraer la voluntad del estado mexicano para hacerlo miembro de la organización, lo que aconteció finalmente en 1931. Doce años después se había así remediado una omisión que supuso un agravio diplomático del todo injustificado.

El símbolo del desagravio estuvo en que el gobierno mexicano, habiéndose negado desde un primer momento a solicitar su ingreso a la organización, recibió finalmente una “invitación unánime” que, en definitiva, aceptó. Pero, además, el momento de la admisión se da en 1931, el mismo año de la adopción de la Ley Federal del Trabajo, “*the great Mexican Labour Code*”, como la denominara el Consejo de Administración en la ocasión de recibir a México como nuevo Estado Miembro. Se reivindicaba al mismo tiempo la tradición mexicana de legislación laboral que tuvo en la Constitución de Querétaro un momento estelar y que la Ley Federal del Trabajo de 1931 vino a desarrollar.

⁶ El Telegrama Zimmermann (16 de enero de 1917) despachado por el ministro de Asuntos Exteriores alemán al embajador alemán en México, por el cual Alemania propone a México entrar como beligerante en la guerra y abandonar la política de neutralidad del presidente Venustiano Carranza, ha dado lugar a ríos de tinta y todavía se discute si pudo haber definido la suerte de la IGM. En particular, Berlín ofrecía a México apoyo financiero para entrar en guerra con los Estados Unidos e intentar recuperar los territorios de Texas, Arizona y Nuevo México, conquistados en el siglo XIX por los EE.UU.

⁷ Ver, César Augusto Carballo Mena, “Constitución y Derecho del Trabajo”, ponencia en el foro *¿Qué hacer con la justicia en la Venezuela de la Transición?*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 9 de mayo de 2019, pp. 1-4.

⁸ “*La Conférence internationale du Travail, n'étant saisie d'aucune demande officielle d'admission à la Conférence de la part des Gouvernements du Luxembourg, de la République dominicaine et du Mexique, estime qu'il n'y a pas lieu de statuer sur l'admission de ces pays*”. Bureau International du Travail, Bulletin officiel, Vol. 1, Avril 1919 –août 1920, Genève, 1923, p. 449.

§ 2.

Como con razón se destacó, los trabajos de la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo de la Conferencia de Paz de París tuvieron ante sí un proyecto de Convención para la creación de una organización permanente en vista de una reglamentación internacional de condiciones de trabajo, sometido por los delegados del Imperio británico. Esta propuesta tuvo un indiscutible mérito, comenzando porque incluía un preámbulo que pasó virtualmente al texto que encabezó el Título XIII del Tratado de Paz (Trabajo)⁹. Sin embargo, el núcleo de la propuesta británica se reflejó en la primera parte del Título XIII finalmente adoptado, que incluyó un capítulo primero (Organización), segundo (Reglamentos) y tercero (Prescripciones Generales)¹⁰; estructura prácticamente idéntica a la de la Sección I en su versión final.

Por otro lado, el art. 427 del Tratado de Versalles, única disposición de la Sección II del Título XIII, tiene una significación particular porque pasó a la historia como la *Carta del Trabajo*. Los artículos anteriores del Título XIII estaban, de alguna manera, dibujando el boceto de una organización. Dicho art. 427 –por su parte- vino a fijar cuáles serían las materias a ser reguladas por las normas internacionales del trabajo a partir de ese momento.

La distinción entre las Secciones I y II del Título XIII se explica, muy probablemente, por una *conexión americana*, como recogen las actas de los trabajos de la Comisión: ella estuvo personificada por un destacadísimo académico caribeño y por un dirigente sindical que tenía estrechísimos vínculos políticos y sindicales con México.

⁹ “Attendu que la Société des Nations a pour but d'établir la paix universelle, et qu'une telle paix ne peut être fondée que sur la base de la prospérité et du contentement de toutes les classes dans tous les pays; et -attendu qu'il existe des conditions de travail qui infligent l'injustice, la misère et la privation à bien des personnes et donnent lieu à des crises menaçant la paix et la concorde mondiales; et attendu qu'il est urgent d'apporter une amélioration à ces conditions par la fixation de la durée du travail, l'empêchement du chômage, la provision d'un salaire vital, la protection du travailleur contre les maladies, infirmités et blessures résultant de son emploi, la protection du travail des femmes et des jeunes ouvriers, la préservation des intérêts des ouvriers travaillant hors de leur propre pays, l'admission du principe de la liberté d'association, etc.;

Et attendu que la non-adoption par une nation quelconque des conditions humanitaires de travail fait obstacle aux autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays; Les Hautes Parties Contractantes, mues du sentiment de la justice et de l'humanité, aussi bien que du désir d'assurer la permanence de la paix mondiale, ont convenu ici qui suit, à savoir...”. *Ibidem*, p. 8.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 9-15.

El único latinoamericano que integró la Comisión de Legislación fue un ilustrísimo jurista cubano, el Dr. Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén¹¹, quien había sido miembro, por la Provincia de Pinar del Río, del primer Senado de la República de Cuba instalado en 1902. En 1919, cuando integró la delegación cubana ante la Conferencia de Paz de París, se desempeñaba como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Presidente de la Sociedad de Derecho Internacional. Fue Juez del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya en 1920, cargo que desempeñó hasta 1945, y en 1928 presidió la VI Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana en la que se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado que llevó el nombre de *Código de Bustamante* en homenaje a su principal proyectista¹². Con todo, en sus memorias -específicamente en el Capítulo 23 (Paz)- Samuel Gompers no reconoce de manera explícita la influencia que en el art. 427 del Tratado de Versalles pudo haber tenido el art. 123 de la Constitución mexicana de 1917. No menciona a Sánchez de Bustamante salvo cuando dejó escrito que “[e]l delegado cubano votó generalmente en nuestro favor...”¹³. Ciertamente se recogen pocas intervenciones de Sánchez de Bustamante a lo largo de los trabajos de la Comisión de Legislación de la Conferencia de Paz¹⁴. Quizás por ello a su regreso a Cuba fue criticado por sus adversarios políticos.

Por otro lado, la Comisión de Legislación que tuvo a cargo la redacción del Título XIII fue presidida por Samuel Gompers, miembro de la delegación de los EE.UU.¹⁵. Gompers fue un dirigente sindical nacido en Londres que contribuyó decididamente a la creación de la *American Federation of Labor* (AFL) en 1886, de la que fue presidente por muchos años. En las actas de la sesión del 4 de febrero de 1919 de la Comisión de Legislación, se incluye la Declaración de la AFL, destacando el reconocimiento en derecho y en la práctica del principio según el cual el trabajo de un ser humano no es ni una mercancía ni un artículo de

¹¹ El Dr. Sánchez de Bustamante fue reemplazado provisoriamente por M. Rafael Martínez Ortiz, enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de Cuba en París.

¹² El proyecto de Código había sido presentado en 1927 ante la Comisión de Jurisconsultos en Río de Janeiro. Este órgano que fue después el Comité Jurídico Internacional lo remitió para su adopción a la VI Conferencia.

¹³ Samuel Gompers, *ob. cit.*, p. 454.

¹⁴ Ver, Bureau International du Travail. Bulletin Officiel, Volume I, *ob. cit.*

¹⁵ “Cuando se iban desarrollando normalmente estas conferencias sindicales recibí un anuncio oficial de que el presidente Wilson había nombrado a Edward N. Hurley y a mí para representar a los Estados Unidos en la Comisión sobre la Legislación Laboral Internacional. La designación de esta comisión para asistir al Congreso de la Paz hacía necesario que el sindicalismo unificase su programa. Volví a pedir la adopción de una línea definitiva de acción. La conferencia interaliada no llegó a celebrarse, pero sí una entre la delegación norteamericana y las organizaciones laborales belgas, que tuvo lugar en Bruselas.” Samuel Gompers, *ob. cit.*, p. 448.

comercio¹⁶. Este principio tenía sus antecedentes en los acuerdos de la *Conferencia Inter-aliada*¹⁷ celebrada en 1918, en la Constitución Mexicana de 1917¹⁸ y en la *Clayton Antitrust Act*, 1914 (EE.UU.)¹⁹. Por fin, y en una sincronía sorprendente, el art. 427 del Tratado de Versalles, dispone a la sazón en su párrafo segundo: “*Pero, persuadidas como están de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como un artículo de comercio*” y considera entre sus principios de importancia particular y urgentes: “(1) *El principio rector arriba enunciado, de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio*”²⁰.

De otra parte, que la primera Conferencia Internacional del Trabajo, en cuyo marco se adoptaron los primeros seis Convenios Internacionales del Trabajo, se celebrara en Washington se justifica, con mucho, por el reconocimiento del peso e influencia del presidente Woodrow Wilson en lo que significó el mismo Tratado de Paz y, adicionalmente, porque el presidente de la Comisión de Legislación de la Conferencia de Paz de París de 1919 fuese precisamente Samuel Gompers.

-
- ¹⁶ La propuesta continúa mencionando, entre otros tópicos, que la servidumbre involuntaria solo puede existir como punición de un crimen por el cual el acusado haya sido debidamente condenado; que debería establecerse el juicio por jurado, asimismo; que ninguna mercancía debería ser despachada al comercio internacional si en su elaboración han tomado parte menores de 16 años o bajo el empleo de trabajo forzoso; la libertad de asociación; que la duración de la jornada de trabajo en la industria y el comercio no sobrepasará las ocho horas; que el salario convenido será pagado por los trabajos ejecutados y guardará proporción con el costo de la vida conforme a la civilización de la época y que un salario igual será pagado a las mujeres y a los hombres por un trabajo igual. Termina la declaración proponiendo la incorporación de los catorce puntos establecidos por el presidente Wilson.
- ¹⁷ *Proceedings of the Inter-allied Labor Conference. September 17, 18, 19, 1918. Published by the American Federation of Labor, Washington D.C. Frank Morrison, Secretary, Samuel Gompers, President. “The Conference further expresses its general sympathy with the aspirations of the American Federation of Labour expressed in the following propositions which that Federation desires to see incorporated in the treaty which shall constitute the guide of nations in the new period and conditions into which we enter at the close of the war as being fundamental to the best interests of all nations and of vital importance to wage-earners: (a) That in law and in practice the principle shall be recognised that the labour of a human being is not a commodity or article of commerce.”*
- ¹⁸ En su artículo 28 comienza por decir: “*En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios [...]*”, para añadir dentro del mismo artículo, que “*no constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses.*”
- ¹⁹ *La cual disponía en su sección 6 (Antitrust laws not applicable to labor organizations): “the labor of a human being is not a commodity or article of commerce”.*
- ²⁰ Cursivas nuestras.

En esta primera Conferencia se adoptaban los primeros seis Convenios de la OIT sobre cinco materias distintas junto a seis recomendaciones: las horas de trabajo en la industria, el desempleo, la protección a la maternidad, el trabajo nocturno de mujeres y niños y la edad mínima para el trabajo en la industria. Comenzaba a verificarse lo que ha sido el núcleo del mandato de la OIT como es la competencia respecto de la adopción de Normas Internacionales del Trabajo.

Pero esta historia, como ya se apuntó, no inicia en el año 1919; en un país de América Latina como México, dos años antes de la Constitución de la OIT y de la Constitución de la República de Weimar (1919), se aprobaba una Constitución cuyo art. 123 recoge los que se denominaron a partir de entonces los derechos sociales –ese *tertium genus* como los llamara aquel libro célebre de Georges Gurvitch²¹–, incluyendo la jornada de trabajo, la protección a la maternidad, la libertad sindical, igual salario por igual trabajo, entre otros.

Esta Constitución tuvo una influencia directa en el Tratado de Versalles, como antes fue advertido: si se lee contrastadamente su art. 427 (la *Carta del Trabajo*) y el art. 123 de la Constitución de Querétaro se encontrarán correspondencias en ocasiones casi que literales. No se insinúa que se trate de una copia, pero sí que no se puede negar que existió una influencia determinante en ese momento que se explica por tres motivos concurrentes: porque la Constitución de Querétaro es dos años más antigua que el Tratado de Paz, porque Gompers presidió la Comisión de Legislación de la Conferencia de Paz y porque tanto él como Sánchez de Bustamante debieron conocer la Constitución de Querétaro de manera muy cercana.

Esta evidencia había sido destacada de manera tan temprana como explícita por el maestro Alberto Trueba Urbina, el gran *ius laboralista* de Campeche, México²²:

“La reunión de Laredo, Texas, mucho le sirvió para conocer a fondo la Carta Mexicana del Trabajo [...] la cual sin duda llevó en su portafolio a Versalles.

Samuel Gompers presentó a la Comisión de Trabajo el mencionado extracto [del artículo 123 de la Constitución Mexicana] para que esta a su vez lograra su incorporación en el Tratado de Versalles.

²¹ G. Gurvitch, *L'idée du droit social; notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17. siècle jusqu'à la fin du 19. Siècle*, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1932.

²² Alberto Trueba Urbina, “La Constitución Mexicana de 1917 se refleja en el Tratado de Paz de Versalles de 1919”, *Doctrina constitucional mexicana*, Imer B. Flores (editor y compilador), Secretaría de Cultura – INEHRM - Senado de la República – UNAM - III, México, 2016, pp. 131-143.

Por otra parte, entre la Carta del Trabajo de Berna de febrero de 1919 y el Tratado de Versalles del mismo año, existen notorias discrepancias que revelan que aquella no influye en el Tratado.”²³

Esta tesis se corrobora de la propia memoria de Samuel Gompers al referirse a la mencionada Conferencia de Berna²⁴. Es muy poco probable que haya sido influenciado por esta, lo que por contra la historiografía más influyente ha destacado, silenciando casi siempre la propia de la Constitución Mexicana de 1917.

§ 3.

Al momento de la fundación de la OIT ya se tenía en la América Latina una consolidada tradición de legislación laboral. A comienzos del siglo pasado, en 1904, se redactó en la República Argentina, bajo la rectoría del Dr. Joaquín V. González, un proyecto de Código del Trabajo que, como el criterio general entiende, tuvo una enorme factura técnica. En los años siguientes, países como Panamá, la República Oriental del Uruguay, la misma Argentina, Venezuela y Cuba promulgaron legislaciones referentes -principalmente- a jornada y descanso, muy anteriores a la adopción del Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1).

En 1925 el primer Director General de la OIT, Albert Thomas, visita la América Latina: Sao Paulo, Montevideo, Buenos Aires y Santiago fueron sus destinos. Acaso la consecuencia más relevante de ese primer viaje de un Director General al continente americano fue que Chile²⁵, poco después de su visita, anuncia la ratificación de 8 Convenios de la OIT²⁶.

²³ *Ibidem*, p. 137.

²⁴ “Dije que la Conferencia de Berna había sido convocada sin autorización, que mi nombre había sido ilegalmente añadido a la convocatoria y que ni los británicos ni los belgas estaban dispuestos a asistir a una conferencia en aquella época. En mi opinión, era prematuro reunir a los representantes de los movimientos sindicales de los países enemigos para celebrar un Congreso de la Paz”. Samuel Gompers, *ob. cit.*, p. 447.

²⁵ Ese mismo año -1925- Chile adoptó la primera Constitución inserta en el modelo de Estado Social de Derecho, cuyo art. 10.14° era del tenor siguiente: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la república [...] la protección al trabajo...”.

²⁶ Convenios ratificados en esa oportunidad: Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (núm. 5) Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (núm. 6) Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11) Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (núm. 12) Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921 (núm. 13) y Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14).

Le cabe a Chile el honor de haber sido el primer país del continente americano que ratificó Convenios Internacionales del Trabajo.

La región de las Américas mostró siempre un alto índice de ratificaciones de convenios de la OIT, lo que se corrobora por ejemplo con el hecho de que la República Oriental del Uruguay a la fecha haya ratificado 111 Convenios y 1 Protocolo, dándose el caso de que el 6 de junio de 1933 el país ratificase en un mismo acto 30 Convenios de la OIT. Solamente España con 136 ratificaciones, Francia con 129, Italia y Bélgica con 114 y Noruega con una más (112) están por encima del Uruguay que tiene el mismo número de ratificaciones de los Países Bajos²⁷.

Pero no fue este el único caso en la región latinoamericana; incluso, el 20 de junio del mismo año de 1933, Colombia ratificó 23 convenios de la OIT, lo que significa poco menos de la mitad de los convenios que tiene ratificados a la fecha que son 61²⁸.

En Nicaragua se dio una situación similar, en cuenta de que el 12 de abril de 1934 el país ratificó 30 Convenios de la OIT, desde el Convenio 1 al Convenio 30. Por su parte, el Perú ratificó 31 Convenios en 1962.

Se trató de casos paradigmáticos de una suerte de ratificación *en bloque* de Convenios de la OIT.

Por otra parte, el Paraguay, que también fue miembro fundador de la OIT, no ratificó su primer Convenio sino hasta 43 años después, el 28 de junio de 1962, con el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87). A la fecha tiene 41 convenios ratificados, pero dos lo fueron el año 2021: el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) y el Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175)

En contraste, el último país del continente americano que logra su independencia, Belice en 1980 y que se hace miembro de la OIT en 1981, a la fecha ha ratificado 50 Convenios y 1 Protocolo. Barbados, por su parte, que ingresa a la OIT en 1967, acumula 40 ratificaciones.

Si bien el proceso de ratificación de Convenios de la OIT en América Latina no siguió, como se muestra, un guion uniforme, es cierto –cabe reiterarlo– que la región mostró siempre un altísimo número de ratificaciones: a la fecha 1747 ratificaciones de Convenios de la OIT se han dado en los países de las Américas. Considerando a los países de todo el continente, las ratificaciones promedio de Convenios OIT en la región alcanza a 49.91 por país (35), número considerablemente más alto que en las regiones de África, de Asia y los Estados Árabes, y solamente superado por los países europeos²⁹.

²⁷ Información disponible en NORMLEX: [Ratification of all conventions \(ilo.org\)](http://ilo.org)

²⁸ *Ídem.*

²⁹ *Ídem.*

De cualquier manera, se dan en la región casos donde el número de ratificaciones está por encima de ese promedio, pero considerando un lapso ostensiblemente más corto, como se ha puesto en evidencia. Por fin, de los 15 Estados Miembros de la OIT con más ratificaciones, 3 corresponden a la América Latina: Uruguay ocupa el sexto lugar junto con Noruega, con 111 ratificaciones; Brasil el undécimo, con 98 ratificaciones, y Cuba el decimoquinto con 90³⁰.

En buena medida la modernización de la legislación laboral en la región fue influida por las opiniones de los órganos de control de aplicación de la OIT. Esto es medible desde los comentarios y observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) en sus informes anuales, indicando *casos de progreso* de los cuales ha tomado nota con satisfacción.

Desde 2010 la CEACR en su informe anual ha tomado nota con satisfacción de 85 casos de progreso en la América Latina y el Caribe: (5) en 2022, (5) en 2021, (3) en 2020, (2) en 2019, (7) en 2018, (6) en 2017, (6) en 2016, (10) en 2015, (6) en 2014, (5) en 2013, (12) en 2012, (8) en 2011 y (10) en 2010³¹.

Con todo, el secular rezago institucional de la región no fue, por ende, normativo sino de aplicación, producto de la debilidad de la Administración del Trabajo, cuando no de una larga tradición autoritaria, todo lo cual perfiló un rasgo típico de las relaciones laborales latinoamericanas, que nuestra mejor doctrina llamara la *tara de inanidad*, en la voz que hiciera célebre el maestro Héctor-Hugo Barbagelata³².

§ 4.

Conviene comenzar apuntando que “[b]uena parte de la historiografía sobre la OIT no le ha dado a América –y a América Latina en particular– la jerarquía que merecía, considerando en primer lugar que más de un tercio de los países fundadores vinieron del continente americano; la conexión americana en los trabajos de la Comisión de Legislación en la Conferencia de Paz y lo que significó, por fin, la gravitación de los países americanos en la vida centenaria de la OIT desde que en 1925 Chile comenzó el proceso de ratificación de convenios de la Organización”³³.

³⁰ *Ídem.*

³¹ *Ídem.*

³² Héctor-Hugo Barbagelata, “Sobre el Derecho del Trabajo y sus fuentes”, p. 84. Recuperado de: https://eva.fder.udelar.edu.uy/pluginfile.php/295147/mod_resource/content/1/Sobre%20las%20fuentes%20del%20Derecho%20del%20Trabajo.%20Barbagelata.%20Simposio.pdf.

³³ Humberto Villasmil Prieto, Una visión «americana» del centenario de la OIT: aproximación a la comprensión de una relación histórica, Organización Internacional del Trabajo, 2019.

En el periodo de entreguerras la OIT tornó su mirada de muy especial manera a la América Latina. En 1931 se desencadena el proceso de Codificación Laboral en América Latina, que inicia ese año virtuoso con la sanción de la Ley Federal del Trabajo de México y del Código del Trabajo de Chile. Del otro lado del Atlántico, en España se dicta la Ley de Contrato de Trabajo.

Es un tópico ya reiterar que el Código del Trabajo de Chile, junto a la Ley Federal del Trabajo de México, del mismo año de 1931, tuvieron una evidente influencia en el surgimiento de los códigos de trabajo latinoamericanos que comenzaron a promulgarse a partir de esa década. Se trata, el de *la Codificación, de un proceso sostenido y de onda larga* que culmina al comienzo de los años sesenta, marcando un ciclo perfectamente secuencial que duró unos cuarenta años: Chile y México, en 1931, Venezuela 1936, Ecuador 1938, Bolivia 1939, Brasil y Costa Rica 1943, Nicaragua 1945, Guatemala y Panamá 1947, Colombia 1948 y 1950, la República Dominicana 1951, Honduras 1959, Paraguay y Haití 1961, y por fin, El Salvador en 1963.

Pero muchas huellas de aquella presencia de la OIT en América y, en sentido inverso, de lo que América le significó a la OIT en su Historia centenaria deben destacarse: 1936 marcó el inicio de la organización de las Conferencias Regionales de los Estados Miembros con el objetivo de estudiar problemas de particular interés para una región determinada³⁴. No fue en modo alguno casual que la primera de ellas se celebrara precisamente en la América Latina. La 1ª Conferencia de los Estados del Asia celebrada en Ceylán debió esperar hasta 1947 y la 1ª Conferencia Regional de los Estados Africanos (Lagos-Nigeria) no se convocó sino hasta 1960, lo que confirma cuánta significación tuvo en la Historia de la OIT que la política de descolonización se materializara. La Conferencia de Santiago de Chile (2 al 14 de enero de 1936) convocada bajo la presidencia de Don Arturo Alessandri Palma –quien fue designado Presidente Honorario de la misma- adoptó veintiséis resoluciones relativas a la seguridad social y a las condiciones de trabajo en los países de América. En la agenda del cónclave se incluyeron los principios fundamentales de los seguros sociales; la intensificación de las relaciones entre la OIT y los países de América; el desempleo y la inmigración; y las condiciones de trabajo y de vida de las poblaciones indígenas.

De las Resoluciones de la 1ª. Conferencia Americana, tres estaban -de particular manera- dirigidas a orientar la política y la influencia de la OIT en la Región: la *Resolución relativa a la ratificación y aplicación de las Convenciones y Recomendaciones en los países americanos*³⁵, la *Resolución relativa a las*

³⁴ Ver Conferencia del Trabajo de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2 al 14 de enero de 1936, Actas de las Sesiones, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1936.

³⁵ Esta resolución promovía, de una parte, el impulso de la legislación protectora del trabajo en la región y, de la otra, el avance en las ratificaciones de instrumentos de la OIT por los estados americanos.

condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países americanos, y, por fin, la Resolución relativa a las relaciones de la Organización Internacional del Trabajo con los países de América, que entre otros particulares destacaba la exigencia del “[a]umento del número de los funcionarios americanos en la Oficina Internacional del Trabajo, reclutándoselos entre las personas más capacitadas y conocedores del medio”³⁶.

§ 5.

En 1946, dos años antes de la adopción del primer convenio fundamental después del fin de la IIGM -el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)- se reunía en la ciudad de México la Tercera Conferencia del Trabajo de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Esa conferencia fue rica en cuanto a la adopción de resoluciones. Los temas tratados fueron de una proverbial amplitud. Esta Conferencia Americana adoptó resoluciones sobre la formación profesional, la inspección del trabajo, la libertad sindical, la conciliación y arbitraje voluntario, la validez de los convenios colectivos y su extensión, la igualdad de salarios, la estabilidad de los trabajadores, entre otras tantas. Por la significación que tuvo de cara a que el Convenio 87 se adoptase dos años después, conviene detenernos en la resolución sobre la garantía constitucional de la libertad sindical.

Esta resolución es de una concreción sorprendente, sobre todo porque de manera precursora hace referencia a tópicos que luego pasarían a corresponder virtualmente a los artículos sustantivos del Convenio 87, como son el derecho de organizarse sin autorización previa, el principio de autonomía sindical, la prohibición de disolución por vía administrativa y el derecho a federarse.

Pero, de otro lado, la Conferencia adoptó también una resolución sobre la protección del derecho sindical y de la negociación colectiva, que viene a significar el prolegómeno directo -y probablemente más influyente- del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98). La resolución de marras perfilaba casi milimétricamente no sólo los que fueron los contenidos de las normas más importantes del Convenio 98, como lo son la proscripción de la discriminación antisindical y de los actos de injerencia, sino lo que la doctrina americana y del mundo vinieron a llamar mucho después las *prácticas antisindicales*.

Esta Conferencia se reunía en 1946, dos años antes de la creación de la Organización de los Estados Americanos en abril de 1948 con ocasión de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en cuyo marco se adoptan tres instrumentos claves para valorar, en su justa dimensión, los antecedentes americanos del Derecho Internacional Laboral y, al mismo tiempo, de lo que fue la evolución de las normas de la OIT en los años venideros.

³⁶ *Ídem.*

En 1947 se adoptaba, en Río de Janeiro, Brasil, la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*³⁷ que, en palabras del profesor César Arese, “se constituyó en un auténtico código internacional del trabajo. Parte de la enunciación de principios contundente: «La presente Carta de Garantías Sociales tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables» (artículo 1)”³⁸.

Una inicial aproximación a su texto confirmaría con creces lo anterior: la Carta en efecto se ocupó del contrato individual de trabajo, de los contratos y convenciones colectivas, de la jornada de trabajo, de los descansos y de las vacaciones, del trabajo de menores y del trabajo de la mujer, de la estabilidad laboral, del contrato de aprendizaje, del trabajo a domicilio, del trabajo doméstico, del trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica, de los derechos de los empleados públicos así como de los trabajadores intelectuales y -con un detalle particular que va a tener después una incidencia evidente en los textos americanos posteriores sobre los derechos humanos y no menos en las normas internacionales del trabajo emanadas de la OIT- se dedica a regular el derecho de asociación y de sindicación, específicamente, el derecho de huelga y, por fin, la Previsión y la Seguridad Social e, incluso, la inspección, la jurisdicción especial del trabajo y la conciliación y el arbitraje, para terminar con dos artículos relativos al trabajo rural.

Poco más habría que apuntar para justificar la enorme significación de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada un año antes de la Conferencia Interamericana de Bogotá de 1948 con la que nacería la Organización de los Estados Americanos.

De otra parte, el artículo 14 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948, está dedicado al derecho al trabajo y a una justa retribución; el artículo 15, al descanso y a su aprovechamiento; el 16, al derecho a la seguridad social; y el 37, al deber de trabajar. En lo que hace, y esto es muy relevante, al derecho de asociación, el artículo 22 viene a decir: “*Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.*”³⁹

³⁷ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, 1947. Catálogo de Derechos Humanos, disponible en: catalogoderechoshumanos.com.

³⁸ “Los derechos humanos laborales en las constituciones Latinoamericanas (el centenario de la constitución de Querétaro)”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Vol. 25, julio-diciembre, UNAM, México, 2017, pp. 183-202.

³⁹ Cursivas nuestras.

Por último, la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*⁴⁰, adoptada en el marco de la misma Conferencia, incluyó en su art. 45, dedicado a los derechos laborales, lo siguiente:

“Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...]

c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; [...]

g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo”.

Como se lee, la Carta de la OEA no se limitó a una mención genérica de los derechos laborales, incluyendo los de carácter colectivo, en particular, la libertad sindical.

Más bien, en su artículo 45 delinea claramente lo que la doctrina conoció posteriormente como el *trípode o núcleo duro del derecho de libertad sindical*, a la sazón, el derecho de organización, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga.

Lo relevante de estos antecedentes es que fueron adoptados entre 1947 y abril de 1948, por tanto, antes de la adopción del Convenio 87 de la OIT en julio de 1948, y varios meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 12 de diciembre de ese mismo año.

⁴⁰ Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Protocolo de Buenos Aires”), suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Protocolo de Cartagena de Indias”), aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Protocolo de Washington”), aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Protocolo de Managua”), adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Carta de la Organización de los Estados Americanos (oas.org).

Con estos instrumentos, se echaba a andar el sistema interamericano y se asentaban las bases para la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 y del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Pero no quedarían aquí los antecedentes que vale la pena destacar para indagar sobre la visión que desde América se tuvo -sin olvidar que estamos hablando de un número determinante de Estados Miembros fundadores de la Organización- sobre la relevancia de los derechos laborales y de cómo esa perspectiva tuvo un obvio impacto en lo que fue el desarrollo del sistema normativo de la OIT.

En la XI Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT que se celebrase en Medellín, Colombia, en 1979, se adoptó una resolución sobre la función de las normas internacionales del trabajo en los países de América, “en la que se instó a los países respectivos a que atribuyan fundamental importancia a la ratificación y aplicación de los instrumentos de la OIT a los que el Consejo de Administración dio carácter prioritario y, en particular, a los 18 Convenios siguientes⁴¹”: cinco (5) relativos al derecho de libertad sindical (Convenios núm. 87, 98, 135, 141 y 151), dos (2) a la libertad de trabajo y al trabajo forzoso (Convenios núm. 29 y 105), dos (2) a la igualdad de trato y no discriminación (Convenios 100 y 111) pero, además, el Convenio sobre la política del empleo, (núm. 122), el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, (núm. 131), el Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo (núm. 138), el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, (núm. 107) –aún no había sido adoptado el Convenio núm. 169 de 1989- el Convenio 81 y 129 sobre la inspección del trabajo, el Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social (núm. 102), el Convenio sobre la administración del trabajo, 1978 (núm. 150) y, finalmente, el Convenio sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo (núm. 144). “Esta lista fue ratificada mediante la resolución sobre las normas internacionales del trabajo en los países de América, adoptada en 1986 en la Duodécima Conferencia Regional (Montreal)”⁴².

Lo relevante de esta mención es que 30 años antes de la *Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, donde se legitima la categoría de los “convenios prioritarios”⁴³, este listado adoptado por la XI Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT, tan temprano como

⁴¹ Geraldo W. Von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz, *La Organización Internacional del Trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 48.

⁴² *Ídem*.

⁴³ “...la elaboración, actualización y promoción de la lista de normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza”. Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, Anexo, párrafo II.A.vi.

1979, no solo recogió literalmente el término, sino que incluyó a los cuatro convenios, hoy reconocidos como *prioritarios o de gobernanza*, a la sazón, los Convenios 81, 129, 122 y 144.

De otra parte, ese listado se completa con los convenios fundamentales que hasta la fecha se habían adoptado, con exclusión del Convenio 182 que lo fue después (1999). Los otros siete convenios adoptados entre 1919 y 1979 que tuvieron el carácter de fundamentales, aparecen mencionados en ese listado, a la sazón, los Convenios 87 y 98, 29 y 105, 138, 100 y 111.

Esto no dejaba de ser premonitorio y desde luego sorprendente, porque la categoría “Convenios fundamentales” se incorpora de manera definitiva y general al Sistema Normativo de la OIT con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998: “esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización”.

En la pasada 110ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se aprobó la inclusión de las condiciones de trabajo seguras y saludables en la referida Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Para ello se enmendó su párrafo 2, de modo que después de las palabras “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación” se agregó la protección efectiva de “un entorno de trabajo seguro y saludable”.

En lo adelante el instrumento se identificará como la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022⁴⁴. Ello obligaba a modificar asimismo el Anexo (revisado) Seguimiento de la Declaración de 1998, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y el Pacto Mundial para el Empleo.

A propósito de esta Declaración, conviene no dejar pasar que la Carta Democrática Interamericana (CDI) de 11 de septiembre de 2001 la había incorporado explícitamente a su texto, lo que deja ver, una vez más, la progresiva *simbiosis* entre el Sistema Normativo de la OIT y el Sistema Interamericano.

Valdría la pena transcribir el artículo 10 de la CDI:

“La promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT.

⁴⁴ Texto de la Declaración y su seguimiento (DECLARATION) (ilo.org).

La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio”.

Todo anterior tiene todavía un más antiguo antecedente: en la VII Conferencia de la Unión Panamericana (UPAM)⁴⁵, celebrada en Montevideo, Uruguay, en 1933, la delegación mexicana llegó a plantear la creación de un Instituto Interamericano del Trabajo, integrado -bajo el influjo de la estructura de la OIT- por una Oficina, como instancia técnica, y una Conferencia Interamericana, que incluía la representación de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores:

“Entre los objetivos más concretos del Instituto estaba la promoción de la convención interamericana para la igualdad de trato de los trabajadores contratados en países extranjeros. De conformidad con la resolución xxiii del acta final, el Instituto debería garantizar, a través de recomendaciones o de convenciones, las condiciones de los trabajadores en [...diversos] aspectos...”⁴⁶.

Entre los aspectos que debían formar parte de la agenda legislativa de los gobiernos en el futuro, destaca el principio de libre asociación sindical, lo que se explica, en gran medida, por la tendencia al “control de los sindicatos por los gobiernos, promoviendo organizaciones obreras favorables a sus intereses o simplemente eliminando esas organizaciones que no se adaptaban al nuevo orden de ideas [...], lo cual] se transformó en tema de verdadera preocupación tanto en las conferencias internacionales de la OIT, como en las organizaciones obreras”⁴⁷.

La agenda legislativa de lo que sería, según la propuesta mexicana, el Instituto Interamericano del Trabajo, es importante insistir, comienza con la libertad sindical, sigue con los contratos colectivos de trabajo y no dejó de incluir el sistema de ahorro popular, el salario mínimo, la igualdad de trato y no discriminación, los seguros, la jornada de trabajo de ocho horas y de seis para los menores de 18 años y, en una perspectiva más principista, si se quiere, el punto 12 que vino a significar el reconocimiento de la máxima según la cual *la máquina es un instrumento auxiliar del hombre*.

En 1933 continuaba de manera sostenida el proceso de ratificaciones de Convenios Internacionales del Trabajo. Con todo, la presencia de la OIT en la región era todavía débil. No puede perderse de vista que en la Conferencia Panamericana de 1928 en La Habana se había llegado a proponer la creación de una Organización Panamericana del Trabajo, idea que -al igual que la fundación

⁴⁵ La Unión Panamericana fue fundada por la IV Conferencia Interamericana de 1910 celebrada en Buenos Aires, Argentina.

⁴⁶ Juan Carlos Yáñez Andrade, “El trabajo en el debate panamericano (1923-1936)”, *Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, vol. XXXV, núm. 138, 2014, p. 59.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 60.

del Instituto Interamericano del Trabajo- se dejó finalmente de lado en la Conferencia de los Estados Americanos miembros de la OIT celebrada en Santiago de Chile en 1936. Lo apuntado pone en evidencia una antigua tradición respecto de la creación de organismos panamericanos especializados (lo que explica la fundación de la Oficina Panamericana de la Salud en 1902), pero al mismo tiempo, dejaba ver la debilidad presencial de la OIT en la región americana en los años inmediatamente posteriores a su fundación. Con todo, y puestos ante la disyuntiva, América optó por la OIT.

De tal suerte que, lo que ocurrió luego y básicamente en 1948 con la Declaración Americana de los Derechos Humanos, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales y, naturalmente, la carta fundacional de la Organización de Estados Americanos, fue el corolario de tendencias que ya se manifestaban en la región y que terminaron cristalizando en ese momento.

§ 6.

En 1952 fue aprobado un proyecto de estudio -en colaboración- por la OIT, las Naciones Unidas, la UNESCO, la OAA (FAO) y la OMS, sobre la situación de los aborígenes del altiplano andino⁴⁸.

Como narra Ernest Beaglehole -quien integrara la misión de un modo tan relevante que al final a la misma se le conoció por su nombre (la *Misión Beaglehole*)- en un artículo publicado en la Revista Internacional del Trabajo en 1953, esta misión tuvo como antecedente y razón inmediata “una resolución de la primera reunión de la Comisión de Expertos de Trabajo Indígena de la OIT celebrada en La Paz, Bolivia, en enero de 1951”⁴⁹.

“El problema que se planteaba a la misión era pues de una engañosa sencillez: preparar, con la cooperación tripartita de los gobiernos, de los indios y de las organizaciones internacionales, programas de acción que aceleraran la integración de los indígenas en la vida política, social y económica de cada uno de los tres países andinos, orientándolos de manera que la integración actual de subordinación se transformara en una integración de carácter democrático, que, además, fuera de alcance regional, abarcara todos los aspectos del problema, se desarrollara orgánicamente, se basara en la libre aceptación antes que en la coacción, y se realizara sin destruir la organización de las comunidades aborígenes ni el modo de vida actuales que tanto valor tienen para el indio”⁵⁰.

⁴⁸ Ernest Beaglehole, “Una misión de asistencia técnica en los Andes”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 67, n° 6, Ginebra, 1953, pp. 582-598.

⁴⁹ *Ibidem*, p.583.

⁵⁰ *Ibidem*, p.585.

Lo dicho por uno de los integrantes más destacados de la misión deja ver la concepción que sobre los derechos de los pueblos indígenas originarios regía en ese momento y que se orientaba, como ha quedado claro de la cita anterior, en el sentido de su *integración o asimilación*.

No será hasta 1957, es decir, 5 años después, que la OIT adopte el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales (núm.107). En su preámbulo quedaba de manifiesto la orientación apuntada:

“Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, *su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales*, y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”⁵¹.

Este criterio o doctrina, si se le quiere llamar así, fue explícitamente corregido por el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), cuyo preámbulo deja establecido que:

“la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.

En las conclusiones de su artículo, Ernest Beaglehole, a la sazón profesor de Psicología del Victoria College, Universidad de Wellington, Nueva Zelandia, escribió que:

“La misión andina puede ser concebida de muy diversas maneras: como relato de lo que pueden el entusiasmo y la resistencia; como estudio en tonos sombríos de la vida de los indios en uno de los panoramas más imponentes del mundo; como ensayo o esbozo a grandes rasgos de una de las pruebas más apasionantes a que ha sido sometida la capacidad de construcción de las naciones unidas y de los organismos especializados”⁵².

Por su parte, el Programa Andino que se desarrolló en el marco del programa ampliado de asistencia técnica de las Naciones Unidas y que contó con participación de la FAO, de la OMS, de la UNESCO, de la UNICEF y cuya dirección general se asignó a la OIT, tuvo como objeto una serie de actividades, especialmente de asistencia técnica, dirigida a elevar el nivel de vida de las poblaciones indias –terminología al uso en ese tiempo- de Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Chile y Argentina y a favorecer su integración en los respectivos países.

⁵¹ Cursivas nuestras.

⁵² Ernest Beaglehole, *ob. cit.*, p. 598.

Las ideas de integración y asimilación, como lo destacara Jef Rens⁵³ -quien fue director adjunto de la Oficina Internacional del Trabajo- en un artículo que resultó célebre por fundadas razones⁵⁴, orientaron el Programa Andino: “Como dicha integración interesa a los indígenas o aborígenes, y como todos estos viven de su trabajo, veamos en primer lugar, lo que se entiende por trabajadores indígenas o trabajadores aborígenes.”⁵⁵El convenio sobre reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm.50)⁵⁶ definía la voz “trabajadores indígenas” (art.2.b) de la siguiente forma:

“...comprende a los trabajadores que pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como a los trabajadores que pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización”.

De allí surgió la idea de integración progresiva o de asimilación que recogiera después el Convenio 107 de la OIT.

Como se evidencia, y esto es lo que justifica la mención puntual de este tópico, los proyectos de cooperación técnica, que son una función transversal a todo el hacer de la OIT en ejercicio de su mandato, comenzaron en América Latina en los años 50 del siglo pasado.

II. Bloque de constitucionalidad y sistema normativo OIT

§ 1.

La consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho encuentra en la tutela del trabajador subordinado su piedra angular. La intensa y generalizada conflictividad que anidó –sobre todo- en las sociedades industrializadas, muy especialmente durante la segunda mitad del siglo XIX, como consecuencia de las penosas condiciones de vida que afrontó el proletariado⁵⁷, impuso replantear la legitimación y funciones estatales.

⁵³ Por cierto, como consecuencia del desarrollo del muy exitoso Programa Andino, Jef Rens recibió el Doctorado *honoris causa* de la Universidad de San Andrés de La Paz, Bolivia, en 1963.

⁵⁴ Jef Rens, “El Programa Andino”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 84, n°1-2, Ginebra, 1961.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 493.

⁵⁶ Convenio derogado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 107.a reunión, 2018.

⁵⁷ *La Carta Encíclica Rerum Novarum del Sumo Pontífice León XIII sobre la situación de los obreros*, de 15 de mayo de 1891, advertía: “es urgente proveer de la manera

La referida *cuestión social*⁵⁸ y la reacción sindical y política destinada a transformar el orden establecido condujo, más allá del respeto a los derechos individuales y la sujeción al principio de legalidad, al compromiso estatal de impulsar la igualdad material de los sectores preteridos de la población mediante el reconocimiento y materialización de derechos de orden social y económico que, a la postre, demarcarían el declive del Estado Liberal y la emergencia del Estado Social de Derecho. Como se destacó en la primera parte del ensayo, este aparece por vez primera figurado en la Constitución promulgada en Querétaro, México, el 5 de febrero de 1917, plasmando los valores preponderantes del proceso revolucionario desatado a partir del 10 de noviembre de 1910⁵⁹.

Su icónico art. 123 despliega –con meticulosidad reglamentaria⁶⁰– los principios y derechos fundamentales del régimen jurídico del trabajo subordinado: libertad de trabajo (consagrada también en su art. 5), límites a la jornada de trabajo y regulación del trabajo extraordinario, derecho al descanso semanal, deber estatal de fijar salarios mínimos⁶¹, prescripciones sobre lugar, oportunidad y forma de pago del salario, regla del salario (“a trabajo igual, salario igual”), protección del salario, protección especial a las mujeres y menores de edad, estabilidad en el empleo, higiene y salubridad en el centro de trabajo, formalidades para la contratación de trabajadores mexicanos que deban prestar servicios en el

oportuna al bien de las gentes de condición humilde, pues es mayoría la que se debate indecorosamente en una situación miserable y calamitosa, ya que, disueltos en el pasado siglo los antiguos gremios de artesanos, sin ningún apoyo que viniera a llenar su vacío, desentendiéndose las instituciones públicas y las leyes de la religión de nuestros antepasados, el tiempo fue insensiblemente entregando a los obreros, aislados e indefensos, a la inhumanidad de los empresarios y a la desenfrenada codicia de los competidores”. Recuperado de: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

⁵⁸ Ver 1) Rafael Caldera Rodríguez, *Derecho del Trabajo*, Tipografía La Nación, Caracas, 1939, pp. 1-3; y 2) Néstor De Buen, “El nacimiento del derecho del trabajo”, en Néstor De Buen y Emilio Morgado Valenzuela (coords), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – UNAM, México, 1997, pp. 27-29.

⁵⁹ Antoni Abat Ninet, “La Constitución de Querétaro. Revolución y Constitución, aspectos originales y sugestivos desde el Derecho Constitucional Comparado”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 36, UNAM, México, enero-junio, 2017, p. 281.

⁶⁰ Con el objeto de restringir la libertad de configuración legislativa y prevenir de este modo que las conquistas revolucionarias se diluyesen “en los planos descendentes de la legislación ordinaria”. Sergio García Ramírez, “Estado democrático y social de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 98, mayo-agosto 2000. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/articulo/view/3634/4409>.

⁶¹ Principio de justa retribución del trabajo, *ex* Art. 5: “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento...”.

extranjero, derechos de sindicalización, huelga y paro patronal, bases esenciales del sistema de Previsión Social, protección de la familia del trabajador, organización y funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y de las Comisiones Especiales para la fijación del salario mínimo, y participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa⁶².

El compromiso estatal de proteger a la clase trabajadora, profusamente desarrollado en la Constitución de Querétaro, como se desgaja del párrafo anterior, devino –trascorridas cuatro décadas- en rasgo uniforme –aunque con disímiles intensidades, tal como se intenta poner de manifiesto en el cuadro *Constitucionalismo social latinoamericano (1920-1950)*- del constitucionalismo latinoamericano: Perú (1920)⁶³, Guatemala (1921), Chile (1925), Uruguay (1934), Colombia y Venezuela (1936), Bolivia (1938), Nicaragua y El Salvador (1939), Cuba y Paraguay (1940), Panamá (1941), República Dominicana (1942), Costa Rica (1943)⁶⁴, Guatemala (1945), Brasil y Ecuador (1946), Argentina (1949), y Honduras (1957).

⁶² Ver, Mario De la Cueva, *Derecho Mexicano del Trabajo*, T. I, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1949, pp. 118-127.

⁶³ El régimen de tuición de los trabajadores aparece esbozado con mayor precisión en la Constitución de 1933: Art. 45.- “El Estado [...] legislará [...] sobre la defensa de los empleados y trabajadores en general”, en concordancia con los Arts. 43 (“El Estado legislará el contrato colectivo de trabajo”), 44 (“Es prohibida toda estipulación en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales”), 45 (“El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, y legislará sobre los demás aspectos de las relaciones entre aquellos y éstas...”), y 46 (“El Estado legislará sobre la organización general y las seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país”).

⁶⁴ La Constitución de 1949 reprodujo –en gran medida- el régimen expuesto: Arts. 56 (“El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía...”), 57 (salario mínimo y regla del salario), 58 (limitación de la jornada y bonificación del trabajo en horas extraordinarias), 59 (descanso semanal y vacaciones remuneradas), 60 (sindicalización), 61 (huelga), 62 (contratación colectiva), 63 (estabilidad en el empleo), 66 (higiene y seguridad en el trabajo), 67 (capacitación), 68 (trato preferente al trabajador nacional), 71 (protección especial de mujeres y menores), y 74 (irrenunciabilidad de los derechos laborales y reconocimiento de otros derechos –no enunciados en la Constitución- “que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley”).

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR HUMBERTO ROMERO-MUCI

Constitucionalismo social latinoamericano (1920-1957)	
Perú, 1920	Art. 47.- “El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.”
Guatemala, 1921	Art. 20.- “El trabajo es libre y debe ser remunerado justamente. Serán nulas las estipulaciones en virtud de las cuales se pierda la libertad individual o se sacrifique la dignidad humana. Los empleados y operarios industriales están facultados individual y colectivamente para suspender su trabajo, siempre que no empleen coacción ni medios ilícitos o violentos ni contravengan a lo estipulado legalmente en los contratos. El Estado fomentará las instituciones de previsión y de solidaridad social y dictará leyes sobre la organización general del trabajo y para garantizar la vida y la salud de los trabajadores. Una ley especial reglamentará el trabajo en los servicios públicos, sean administrados por el Estado o por empresas particulares...”
Chile, 1925	Art. 10.14.- “La Constitución asegura a todos los habitantes de la república [...] la protección al trabajo...”
Uruguay, 1934	Art. 52.- “El trabajo está bajo la protección especial de la Ley”; en concordancia con los Arts. 53 (justa remuneración, limitación de la jornada, descanso semanal, condiciones de higiene, y especial tutela para mujer y los menores de 18 años), 54 (distribución del trabajo), 55 (alojamiento y alimentación), y 56 (sindicalización y huelga).
Colombia, 1936	Arts. 17.- “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”, y 20.- “Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. [...] Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio”.
Venezuela, 1936	Art. 32.8.- “La ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia y estímulo del trabajo, organizándolo adecuadamente y estableciendo la protección especial que deberá dispensarse a los obreros y trabajadores, para proveer al mejoramiento de su condición física, moral e intelectual...”
Bolivia, 1938	Arts. 121.- “El trabajo y el capital, como factores de la producción, gozan de la protección del Estado”, 122.- “La ley regulará el seguro obligatorio de enfermedad, accidentes, paro forzoso, invalidez, vejez, maternidad y muerte, los desahucios e indemnizaciones a empleados y obreros, el

	trabajo de las mujeres y de los menores, la jornada máxima, el salario mínimo, el descanso dominical y de los feriados, las vacaciones anuales y puerperales con goce de salario, la asistencia médica e higiénica y otros beneficios sociales y de protección a los trabajadores”, y 124.- “El Estado dictará medidas protectoras de la salud y de la vida de los obreros, empleados y trabajadores campesinos...”; en concordancia con los arts. 125 (sindicalización y contratación colectiva), 126 (huelga), 127 (participación en los beneficios de la empresa) y 129 (irrenunciabilidad de derechos).
Nicaragua, 1939	Art. 98.- “El trabajo en sus diversas formas, la industria y las obras de asistencia y previsión social, están bajo la protección de la ley”; en concordancia con los arts. 97 (derecho al trabajo), 99 (educación primaria para los hijos de los trabajadores), 100 (independencia moral y cívica, descanso semanal, jornada máxima, vacaciones, remuneradas, salario mínimo, modalidades de pago y protección del salario, bonificación por trabajo nocturno, salud ocupacional e indemnización en caso de accidente laboral, y régimen especial del trabajo de mujeres y niños), 101 (interdicción de condiciones contrarias a las garantías constitucionales, <i>truck system</i> , y contratos a término por más de dos años en perjuicio del trabajador), y 103 (alojamiento).
El Salvador, 1939	Art. 62.- “El trabajo gozará de la protección del Estado por medio de leyes que garanticen la equidad y la justicia en las relaciones entre patronos y empleados u obreros...”.
Cuba, 1940	Art. 60.- “El Estado [...] asegurará a todo trabajador, manual o intelectual, las condiciones económicas necesarias a una existencia digna”; en concordancia con los arts. 60-69 (derecho al trabajo, salario mínimo, protección del salario, regla del salario, seguros sociales, limitación de la jornada de trabajo, prohibición de trabajo infantil, derecho al descanso, protección de la trabajadora, y sindicalización), 71-74, (huelga, contratación colectiva, preferencia de los trabajadores nacionales, y servicios de Administración del trabajo), 77-80 (estabilidad en el empleo, responsabilidad patronal por uso de intermediarios, vivienda, alimentación, salud y educación en caso de empresas alejadas de centros poblados, y asistencia social) y 83-86 (regulación del traslado de empresas, medios de composición de conflictos, servicio de inspección del trabajo, y reconocimiento de derechos derivados del principio de justicia social).
Paraguay, 1940	Art. 14.- “Queda proscripta la explotación del hombre por el hombre. Para asegurar a todo trabajador un nivel de vida compatible con la dignidad humana, el régimen de los contratos de trabajo y de los seguros sociales y las condiciones de seguridad e higiene de los establecimientos, estarán bajo la vigilancia y fiscalización del Estado”.

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR HUMBERTO ROMERO-MUCI

Panamá, 1941	Arts. 53.- “El trabajo [...] estará bajo la protección especial del Estado. El Estado podrá intervenir por ley, para reglamentar las relaciones entre el capital y el trabajo a fin de obtener una mejor justifica social en forma que [...] asegure al trabajador un minimum de condiciones necesarias para la vida, y las garantías y recompensas que se le acuerden por razones de interés público y social...”; y 54.- “Se garantiza el derecho de huelga...”.
Rep. Dominicana, 1942	Art. 6.2.- “...La ley podrá, según lo requiera el interés general, establecer la jornada máxima de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los sueldos y salarios mínimos y sus formas de pago, los seguros sociales, la participación preponderante de los nacionales en todo trabajo, y en general, todas las medidas de protección y asistencia del Estado que se consideren necesarias en favor de los trabajadores.”
Costa Rica, 1943	Art. 52.- “El trabajo [...] gozará de la especial protección de las leyes, con el objeto de que su cumplimiento dé al individuo derecho a una existencia digna y acorde con sus esfuerzos y aptitudes”; en concordancia con los arts. 53 (salario mínimo), 54 (limitación de la jornada, bonificación del trabajo en horas extraordinarias, y vacaciones remuneradas), 55 (sindicalización), 56 (huelga y paro patronal), 57 (convenciones y contratos colectivos de trabajo), 62 (regla del salario, prohibición de discriminaciones entre trabajadores rurales y urbanos, y trato preferente al trabajador nacional), 64 (jurisdicción especial del trabajo), y 65 (irrenunciabilidad de los derechos laborales y reconocimiento de otros derechos –no enunciados- que se deriven del “principio cristiano de Justicia Social”).
Guatemala, 1945	Arts. 56.- “El capital y el trabajo, como factores de la producción, deben ser protegidos por el Estado”, y 57.- “El Estado empleará los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación a todo el que carezca de ella, y asegurarle las condiciones económicas necesarias a una existencia digna”; en concordancia con los arts. 58-62 (intangibilidad del ordenamiento jurídico laboral, salario mínimo, descansos y feriados remunerados, bonificación por trabajo en horas extraordinarias, protección y modalidad de pago del salario, regla del salario, limitación de la jornada, vacaciones, preferencia en la contratación de trabajadores nacionales, sindicalización, huelga, protección especial de mujeres y menores, estabilidad en el empleo, seguridad e higiene en el trabajo, servicio de inspección del trabajo...) y 69 (irrenunciabilidad de los derechos constitucionales y reconocimiento de aquellos que se desgajen del principio de justicia social).

Brasil, 1946	Art. 145.- “El orden económico debe ser organizado conforme al principio de justicia social, conciliando la libre iniciativa con la valorización del trabajo humano [...] A todos se asegura un trabajo que proporcione existencia digna...”; en concordancia con los arts. 157 (salario mínimo, regla del salario, bonificación por trabajo nocturno, participación en utilidades empresariales, limitación de la jornada, descanso semanal y feriados remunerados, seguridad e higiene en el trabajo, prohibición de trabajo infantil, licencia pre y postnatal, protección de la maternidad, estabilidad en el empleo, reconocimiento de las convenciones colectivas de trabajo...), 158 (huelga) y 159 (sindicalización).
Ecuador, 1946	Art. 185.- “El Estado velará porque se observe la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores, se respete la dignidad del trabajador, se le asegure una existencia decorosa y se le otorgue un salario justo, con el que pueda atender sus necesidades personales y familiares...”. Además, se prevé, entre otros aspectos relevantes, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el salario mínimo, la protección del salario, la regla del salario, la participación en las utilidades de la empresa, la limitación de la jornada, el descanso semanal, las vacaciones, los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga, la protección especial de la mujer, la prohibición de trabajo infantil, y la higiene y seguridad en el trabajo.
Argentina, 1949	Arts. 37.I.1.- “...el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite”, y 37.I.4.- “...el derecho de los individuos a exigir condiciones dignas y justas para el desarrollo de su actividad y la obligación de la sociedad de velar por la estricta observancia de los preceptos que las instituyen y reglamentan” (además: retribución justa, capacitación, preservación de la salud, derecho al bienestar, seguridad social, protección familiar, mejoramiento económico, y libertad sindical).
Honduras, 1957	Art. 111.- “Toda persona tiene derecho al trabajo, a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, y a la protección contra el desempleo”; en concordancia con los arts. 112-132 (limitación de la jornada, descanso semanal y feriados remunerados, regla del salario, protección del salario, salario mínimo, higiene y salud en el trabajo, protección especial de mujeres y menores, vacaciones, estabilidad reforzada por razón de embarazo, sindicalización contratación colectiva, huelga, estabilidad en el empleo, servicios de inspección del trabajo, capacitación, irrenunciabilidad de los derechos laborales...).

Del otro lado del Atlántico, la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 10 de julio de 1918, adoptada por la triunfante revolución bolchevique de octubre de 1917, declaró a la clase trabajadora como sujeto protagónico (art. 10) y proclamó la dictadura del proletariado “a fin de conseguir el aplastamiento completo de la burguesía, la abolición de la explotación del hombre por el hombre y la instauración del socialismo” (art. 9). En dicho contexto, como resulta obvio, devino proscrito el contrato de trabajo como negocio jurídico por cuya virtud se pone a disposición de otro la fuerza de trabajo, es decir, el propio cuerpo del trabajador⁶⁵, a cambio de remuneración. Esta trascendental experiencia que materializó, por vez primera en la Historia, las ideas de Marx, Engels y Lenin, acicatearon sin duda las iniciativas del resto de los países europeos hacia la construcción de instancias estatales comprometidas con la eficaz protección de la clase obrera.

En este contexto, el Tratado de Paz de Versalles adoptado el 28 de junio de 1919 y que selló el fin de la IGM, incluyó en su Parte XIII (“Trabajo”) –como fue destacado en el Capítulo que antecede (I.§ 2)- la Constitución de la OIT⁶⁶, cuyo programa de acción, orientado por la realización de la justicia social, incluía –en términos análogos al modelo de Querétaro (I.§ 2)- tanto la acción normativa estatal con ánimo de tuición en favor de los trabajadores como el principio de libertad sindical:

“Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades [...] y contra los accidentes de trabajo, [...] reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical”.

Asimismo, la icónica Constitución de Weimar, Alemania, de 11 de noviembre de 1919, en su Segunda Parte, Capítulo Quinto, intitulado “Vida Económica”, consagró un cúmulo de derechos y garantías laborales, entre los que

⁶⁵ “[L]a persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador. El cuerpo es el lugar, el pasaje obligado de la realización de las obligaciones del trabajador, es la cosa misma que forma la materia del contrato.” Alain Supiot, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Colección Estudios N° 11, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 80.

⁶⁶ El texto fue adoptado por la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo – presidida por Samuel Gompers, a la sazón presidente de la *American Federation of Labor*- el 11 y el 28 de abril de 1919, bajo el título “Trabajo”. Recuperado de: <https://www.ilo.org/legacy/spanish/lib/century/>.

destacan la libertad sindical (art. 159), facilidades a los trabajadores para ejercer derechos políticos (art. 160), sistema de seguros sociales (art. 161), impulso -bajo innegable influjo de la Constitución de la OIT- de un régimen internacional de tutela de los trabajadores (art. 162), derecho al trabajo (art. 163), y el – emblemático- modelo de gestión en las empresas (art. 165).

En esta esfera⁶⁷, cabe aludir igualmente a la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931, cuyo art. 1 declara a España como “República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia”, y en cuyo ámbito se prevé el compromiso estatal de asegurar “a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna” (art. 46) mediante el reconocimiento del derecho de sindicación (art. 39), la inspección del trabajo como “servicio público nacional”⁶⁸ (art. 15.1), y la regulación –entre otros tópicos relevantes- del trabajo de mujeres y menores, la protección de la maternidad, la jornada y el salario mínimo, las vacaciones anuales remuneradas, “las condiciones del obrero español en el extranjero”, “la participación de los obreros en la dirección, administración y los beneficios de las empresas”, y –en general- de “todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores” (art. 46).

De otra parte y por fin, destacar que la Constitución de la República italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1º de enero de 1948, comienza con el título “Principios Fundamentales”, cuyo art. 1 declara que “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”.

Como se desgaja de los párrafos precedentes, la concepción del Estado Social de Derecho, fraguada entre 1917 y 1919, se confecciona a partir del compromiso estatal de impulsar la satisfacción de las necesidades vitales de la población, con especial énfasis en la protección de los trabajadores subordinados mediante la sanción y eficaz aplicación –a través de la inspección del trabajo- de normas de orden público y el reconocimiento –cuando no la promoción- de la libertad sindical como derecho de organización autárquica para la defensa y promoción de intereses colectivos o de categoría⁶⁹.

⁶⁷ “Será [...] la Constitución alemana de Weimar (1919) quien proporcione el modelo o paradigma constitucional para los textos europeos y americanos de la posguerra mundial...”. Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, 8ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 130 y 131.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 131.

⁶⁹ En términos de la *tautología virtuosa* del art. 10 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), “*organización* [sindical] significa toda organización [...] que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores...”.

§ 2.

Las constituciones latinoamericanas -en términos generales- contemplan amplios catálogos de derechos subjetivos de naturaleza laboral; reconocen derechos no enunciados o enumerados expresamente⁷⁰, en tanto inherentes a la persona humana⁷¹ o desgajados de los valores cardinales del sistema político⁷²⁻⁷³ –lo que deja ver el influjo de las corrientes *ius naturalistas*– insertan en su ámbito –o reconocen jerarquía superior a las leyes– a tratados o convenios internacionales –primordial, aunque no exclusivamente, en materia de derechos humanos– debidamente ratificados⁷⁴; y –en ciertos casos– hacen mención expresa a alguno –o a alguna clase- de estos instrumentos normativos internacionales. Así, por ejemplo: (i) La Constitución de Argentina reconoce jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22, *in fine*); (ii) La Constitución de Nicaragua incorpora los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto

⁷⁰ Héctor Gros Espiell, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, [S.I.], n. 4, p. 145-172, may. 2016. ISSN 1989-5585. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225/30684>, acceso el 7 noviembre de 2019.

⁷¹ “La inclusión de cláusulas abiertas sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas, sin duda tiene su origen remoto en el texto de la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791), en la cual se dispuso que <<la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva”. Allan R. Brewer Carías, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, *Revista IIDH*, V. 46, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2007, p. 216.

⁷² Héctor Gros Espiell, *ob. cit.*, p. 147.

⁷³ Por ejemplo, Constituciones de Argentina (art. 33), Bolivia (art. 13.II), Brasil (art. 5.2°), Colombia (art. 94), Costa Rica (art. 74), Ecuador (art. 11.7), Guatemala (art. 44), Honduras (art. 63), Nicaragua (art. 46), Panamá (art. 17, único aparte), Paraguay (art. 45), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 74.1), Uruguay (art. 72), y Venezuela (art. 22).

⁷⁴ Por ejemplo, Constituciones de Argentina (art. 75.22), Bolivia (art. 13.IV), Brasil (art.5.2°), Colombia (art. 93), Ecuador (arts. 11.3, 417 y 424), El Salvador (art. 144, único aparte), Guatemala (art. 46), Paraguay (arts. 137, 141, 142 y 145), República Dominicana (art. 74.3), y Venezuela (art. 23).

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 46); (iii) La Constitución Política del Perú dispone que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Disposición Final y Transitoria Cuarta); y (iv) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a propósito de los límites del estado de excepción (art. 339), y ordenó sancionar “un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la República” (Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3).

De otra parte, cruzando una vez más el Atlántico, conviene reseñar que la Constitución española (1978) también contempla –ampliamente- derechos subjetivos de índole laboral⁷⁵, dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que [dicho instrumento...] reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2⁷⁶) y atribuye –ex arts. 95 y 96.1- a los tratados internacionales

⁷⁵ Entre otros, libertad sindical (art. 28.1), negociación colectiva (art. 28.1), medidas de conflicto colectivo (art. 37.2) y –más específicamente- huelga (art. 28.2), participación en la actividad empresarial (art. 129.2), deber de trabajar y derecho al trabajo (art. 35.1), suficiencia de la remuneración (art. 35.1), limitación de la jornada (art. 40.2), y seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2). Ver, Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Alvarez de la Rosa, *ob. cit.*, pp. 132-139.

⁷⁶ Con base en esta norma, el Tribunal Constitucional (España) “ha dado categoría de parámetro interpretativo indirecto a ciertos textos sin naturaleza de tratado y, por tanto, no vinculantes para los Estados. Es el caso de las Recomendaciones de la OIT, utilizadas para «interpretar» y «aclarar» sus Convenios, los cuales, como es sabido, no tienen carácter vinculante para los Estados, aunque si son ratificados por los mismos adquieren naturaleza de tratados. Esta utilización de las Recomendaciones es una manera de hacer servir normas no convencionales para interpretar indirectamente la Constitución” (crítica al libro de Alejandro Saiz Arnaiz: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999). Francesc de Carreras Serra, “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, N° 60, Madrid, septiembre-diciembre 2000, p. 329. Recuperado de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=362&IDA=25540>.

ratificados jerarquía infraconstitucional y supralegal⁷⁷. No obstante, conviene contrastar que, en primer término, la normativa internacional sobre derechos humanos –en criterio de los órganos judiciales- no reviste rango constitucional⁷⁸ y, en segundo lugar, la Constitución española prescinde de la categoría –común en América- de derechos humanos no enunciados o enumerados expresamente⁷⁹.

§ 3.

Los rasgos adjudicados -en párrafos precedentes- al constitucionalismo latinoamericano permiten esbozar –desde una perspectiva doctrinaria y dependiendo de la orientación de cada sistema normativo interno- una triple vía o ruta de integración de la normativa OIT al denominado bloque de constitucionalidad⁸⁰, es decir, al sistema que integran la Constitución y aquellas otras normas jerárquicamente parangonadas a ésta⁸¹: (i) Delimitación del núcleo

⁷⁷ Alfonso J. Iglesias Velasco, “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, Universidad de Navarra, 2013, p. 198. Recuperado de: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2510/2384>.

⁷⁸ “[L]a jurisprudencia del [Tribunal Constitucional...] ha rechazado en reiteradas ocasiones que el artículo 10.2 [de la Constitución española...] haya constitucionalizado las normas internacionales sobre derechos humanos, en el sentido de que tales reglas internacionales no sirven por sí solas ni pueden ser invocadas como fundamento jurídico directo de un recurso de amparo, que, por el contrario, ha de estar fundado en la disposición constitucional enunciativa del derecho supuestamente vulnerado [...] Esto significa que el artículo 10.2 [de la Constitución española] no ha otorgado rango constitucional a los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales si los mismos no se encuentran también proclamados por la Carta Magna española. La respuesta ha sido la contraria en la jurisdicción ordinaria –lo que resulta explicable por su diferente alcance material–, pues el Tribunal Supremo sí que otorga a los derechos fundamentales recogidos en un tratado internacional el mismo trato que si se encuentran en normas de rango legal, con todas las consecuencias inherentes”. *Ibidem*, p. 190.

⁷⁹ El reconocimiento constitucional de derechos no enunciados expresamente resulta extraño fuera del ámbito americano. Ver Héctor Gros Espiell, *ob. cit.*, pp. 145 y 146.

⁸⁰ Ver Héctor Hugo Barbagelata, “Los derechos laborales y el bloque de constitucionalidad”, en R. Forrero C. (compilador), Rafael Forero Rodríguez. *Homenaje a su trayectoria profesional*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2013, pp. 27-30.

⁸¹ “[N]ormas parangonadas con la Carta Magna”, ver sentencias núms. 1287 de 20 de mayo de 2003 y 1925 de 24 de julio de 2003, ambas proferidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela). “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente

esencial de derechos fundamentales enunciados expresa o implícitamente; (ii) Reconocimiento de Convenios OIT como tratados internacionales debidamente ratificados o, según el caso, porque –además- versan sobre derechos humanos; y/o (iii) Enunciación –directa o indirecta- en textos constitucionales.

En efecto, el contenido de convenios y recomendaciones adoptados en el seno de la OIT podría –habida cuenta su universalidad- orientar la delimitación jurisprudencial del núcleo esencial o contenido mínimo de derechos fundamentales⁸² enunciados expresamente o considerados como tales por ser inherentes a la persona humana o desgajarse de los valores superiores del respectivo sistema político⁸³.

Así, por ejemplo, si un texto constitucional proclamase la libertad sindical, cabría argumentar que esta reclama, como núcleo esencial o contenido mínimo, aquel desarrollado –con vocación universal- en el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), es decir, el derecho de trabajadores y de empleadores de constituir, sin autorización previa y con el objeto de fomentar y defender sus intereses, las organizaciones que estimen conveniente, las cuales deberán funcionar de modo autárquico, estar exentas de disolución o suspensión por vía administrativa, gozar del derecho –incluso en el ámbito internacional- a federarse y confederarse, y ostentar personería jurídica.

En el mismo sentido, esta vez recurriendo a un caso real, cabe referir a la aplicación de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), a propósito de la determinación de la existencia de la relación de trabajo entre el titular de una empresa de plataforma que ofrece servicios de transporte intraurbano y la persona natural prestadora de tales servicios. En el supuesto

integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”. Corte Constitucional (Colombia), C-225 de 18 de mayo de 1995.

⁸² En este contexto, refiere a derechos subjetivos, sin distingo de especie alguna, que ostentan jerarquía constitucional, esto es, consagrados explícita o implícitamente en el bloque de constitucionalidad.

⁸³ Por ejemplo, “...el Tribunal Constitucional [español] ha recurrido numerosas veces a los instrumentos convencionales sobre derechos humanos [al amparo del Art. 10.2 de la Constitución] para concretar el sentido y alcance de los derechos fundamentales y libertades recogidos en el texto constitucional, y, por ello ha citado profusamente, en calidad de parámetros internacionales de comparación, [entre otros instrumentos,...] la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y demás instrumentos convencionales adoptados en dicho ámbito”. Alfonso J. Iglesias Velasco, *ob. cit.*, pp. 191 y 192.

concreto⁸⁴, se afirmó la aplicación del aludido instrumento normativo como fuente de derecho, toda vez que: (i) “La Constitución (art. 53) compromete a la ley a proteger el trabajo”; (ii) “Por otra parte, la Constitución (art. 54) garantiza un conjunto de derechos mínimos a quienes trabajan en una “relación de trabajo o servicio”; (iii) “Pero, ni la Constitución ni la ley nacional han definido a la relación de trabajo”; y (iv) “En tal sentido, la Recomendación n. 198 de OIT como exponente de la conciencia jurídica universal representada por los Miembros de la OIT que la hicieron nacer como instrumento internacional, que apunta justamente a aportar elementos para definir la relación de trabajo, constituye en Uruguay el marco teórico aplicable para apreciar y calificar los hechos de la realidad en situaciones en las que se compromete trabajo y la naturaleza del vínculo se encuentra en debate” (p. 58).

De otra parte, los convenios OIT se integran en el bloque de constitucionalidad de aquellos sistemas jurídicos que así lo disponen en consideración a su carácter de tratados internacionales debidamente ratificados⁸⁵ o, según el caso, porque –además– versan sobre derechos humanos^{86.87}. En este último evento, - conviene indicar- que la condición de derecho humano puede ser aprehendida por vía *ontológica, consensual y/o constitutiva*⁸⁸, esto es, respectivamente, en tanto facultad o institución que concreta –en cada momento histórico- las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad⁸⁹; por virtud de su consagración en

⁸⁴ Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno (Montevideo, Uruguay), sentencia núm 89/2020 de 3 de junio de 2020, Queimada Esteban c/ UBER V.B. y otro.

⁸⁵ Por ejemplo, Constitución Política de la República Federativa de Brasil Art. 5.2º: “Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los *tratados internacionales* en que la República Federativa de Brasil sea parte” (cursivas nuestras).

⁸⁶ Por ejemplo, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 23: “Los *tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos*, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la media en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (cursivas nuestras).

⁸⁷ La Corte Constitucional de Colombia ha declarado que el Convenio 87 OIT hace parte del bloque de constitucionalidad: ver, entre otras, sentencias T-418 de 1992, C-225 de 1995, T-568 de 1999 y C-567 de 2000.

⁸⁸ Ver César Augusto Carballo Mena, *Libertad sindical: la perspectiva de los derechos fundamentales*, CACM, editor, Caracas, 2012, pp. 57-60.

⁸⁹ Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

instrumentos universales de derechos humanos⁹⁰; o por propia calificación constitucional. Refiriendo -una vez más y a título ejemplificativo- a la libertad sindical, resultaría procedente sostener su carácter de derecho humano toda vez que: (i) configura un instrumento idóneo para garantizar la dignidad, libertad e igualdad de quienes prestan servicios personales bajo subordinación; (ii) aparece consagrada en los más trascendentes tratados internacionales sobre derechos humanos -entre los que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23.4), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (arts. 7, 26 y 27), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8)-; y/o (iii) se le reconoce como derecho humano en el propio texto constitucional⁹¹.

La normativa OIT podría también integrarse al bloque de constitucionalidad como consecuencia de su enunciación -directa o indirecta- en textos constitucionales. La primera opción abarca tanto la referencia a específicos instrumentos normativos⁹² como la mención -genérica- a tratados o convenios internacionales que regulen ciertas materias relativas al trabajo⁹³. La segunda, por

⁹⁰ Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). En la esfera americana, destacan la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1947), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969) y su Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988).

⁹¹ Por ejemplo, el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -donde se inserta la libertad sindical- se intitula “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”.

⁹² En el plano legal resulta particularmente relevante el contenido del art. 24 de la Ley 25.877 (Argentina) de 18 de marzo de 2004 (Boletín Oficial de 19 del mismo mes y año), por cuya virtud se acuña, a propósito de las restricciones al ejercicio del derecho de huelga, la noción de “servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo”. Ver César Arese, “El nacimiento de OIT en vivo, directo y simultáneo”, en Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena (directores), *Derecho laboral iberoamericano. Influencias del sistema normativo de la OIT*, Tirant lo Blanch – Universidad Libre, Bogotá, 2020, pp. 221 y 222.

⁹³ La Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) ordenó reformar la legislación del trabajo para contemplar “un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la República” (cursivas nuestras). De este modo, el texto constitucional

su parte, alude a la enunciación de tratados o convenios internacionales –fuera de la órbita de la OIT- que, a su vez, hacen mención –tácita o expresa- a normas adoptadas por esta organización⁹⁴.

No podría obviarse, por fin, que esa misma integración e influencia del Sistema Normativo de la OIT, incluyendo de destacada manera las opiniones de sus órganos de control de aplicación, se ha manifestado tradicionalmente en el Sistema Interamericano, pero acaso ahora con una especial incidencia, hasta verificar un *momentum* estelar de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) a propósito de la tutela de los derechos laborales y, particularmente, de los colectivos.

En efecto, la Corte-IDH inauguró la etapa de *reconocimiento indirecto* de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), es decir, por conexión de estos con derechos civiles y políticos consagrados nítidamente en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁹⁵, con la sentencia del caso *Baena y otros vs. Panamá* de 2 de febrero de 2001, en donde se analizó el despido sancionatorio de 270 trabajadores, incluyendo directivos sindicales, por haber supuestamente participado en “paros y ceses colectivos de labores abruptos” con objetivos insurreccionales (párr. 88.q). En este caso, se verificó la vulneración del

alude –tácitamente- a los Convenios OIT ratificados por Venezuela de cuyo texto quepa extraer principios orientadores en materia de reducción de la jornada de trabajo, es decir, Convenios 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919; 149 sobre el personal de enfermería, 1977; y 153 sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979. Ver César Augusto Carballo Mena, “El régimen jurídico del tiempo de trabajo en la Constitución de la República”, *Revista sobre relaciones industriales y laborales*, N° 38, UCAB, Caracas, 2002, pp. 70-73.

⁹⁴ La Constitución de Argentina incorpora al bloque de constitucionalidad un cúmulo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22, *in fine*), entre los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales aluden –arts. 8.3 y 22.3, respectivamente- al Convenio 87 OIT sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948). “Esta <<incorporación>> del Convenio n° 87 de la OIT a los dos pactos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas, adquiere un efecto trascendente en la Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, que ha dado lugar a que la doctrina, en primer lugar, y luego la jurisprudencia del máximo tribunal, postularan la jerarquización constitucional compartida por el documento normativo principal de la OIT y los dos mencionados pactos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).” Héctor Omar García, “Los convenios núm. 87 y 95, con las interpretaciones de los órganos de control de normas de la OIT, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, *Derecho laboral iberoamericano...*, *ob. cit.*, p. 248.

⁹⁵ Ver César Augusto Carballo Mena, “Derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 2, UMA editorial, Málaga, abril 2021. Recuperado de: <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/12447>.

“derecho a asociarse libremente con fines [...] laborales” -*ex art. 16.1 CADH*- a partir de ciertos datos esenciales, previamente advertidos por los órganos de control de la OIT⁹⁶: “a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales” (párr. 171).

La jurisprudencia de la Corte-IDH en materia de DESC experimentó un salto cualitativo al declarar su *justiciabilidad directa* en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017, donde se escrutó el despido de un miembro del comité electoral de una comunidad industrial⁹⁷ como consecuencia de haber denunciado públicamente la injerencia del empleador en la elección de representantes de los trabajadores. El tribunal regional reconoció que la víctima representaba los intereses colectivos de los trabajadores y que, por tal virtud, resultaba imperativo garantizarle “un nivel reforzado de protección de la libertad de expresión” para asegurar en pleno y eficaz ejercicio de sus funciones (párrs. 96, 108, 113 y 116). En consecuencia, el despido sancionatorio produjo la vulneración -entre otros- de los derechos a la estabilidad laboral (art. 26 CADH)⁹⁸ y a la libre asociación⁹⁹ (arts. 16.1 y 26 *eiusdem*¹⁰⁰).

Por último, la Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género), corroboraría con creces lo que se quiere poner en valor:

⁹⁶ Caso 1569: Comité de Libertad Sindical (párrs. 162, 164 y 165) y Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (párr. 163).

⁹⁷ Instancia de participación de los trabajadores en la propiedad, gestión y utilidades de la empresa, regulada en los Decretos Leyes Nos. 18350 y 18384, de 27 de julio de 1970 y 1° de septiembre del mismo año, respectivamente.

⁹⁸ El derecho al trabajo y la estabilidad laboral (art. 26 CADH) han sido posteriormente abordados en las sentencias de los casos *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* de 23 de noviembre de 2017 y *San Miguel y otras vs. Venezuela* de 8 de febrero de 2018.

⁹⁹ “[L]os derechos derivados de la representación de los intereses de un grupo tiene una naturaleza dual, pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero (el representante) repercute en la vulneración del derecho del otro (el representado)” (párr. 162).

¹⁰⁰ Párrs. 153, 163 y 166.

“En el marco de la presente opinión consultiva, la Corte considera pertinente subrayar que, aunque no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de derecho laboral en el ámbito internacional, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana. De esta forma, en virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en especial consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, los convenios y recomendaciones, y otros instrumentos relevantes, así como opiniones y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ambos de la OIT, a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de las convenciones citadas. (Pfo. 52)”¹⁰¹.

§ 4.

Precisión aparte merecen los criterios emanados de los órganos de control OIT, en particular la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical.

Dichos órganos –cabe destacarlo- no revisten naturaleza jurisdiccional y, por tanto, –como lo ha puesto de manifiesto reiteradamente la propia CEACR- sus directrices carecen de efectos vinculantes:

“Al afirmar que sus opiniones deben considerarse como válidas y generalmente reconocidas (a falta de una sentencia en sentido contrario de la [Corte Internacional de Justicia...]), la Comisión no está diciendo que considere que sus opiniones tengan valor de cosa juzgada (*res judicata*) o ningún efecto equiparable. La Comisión no se considera a sí misma como un tribunal. De hecho, ha dejado claro en todo momento que sus directrices –que adoptan la forma de opiniones o recomendaciones en el marco de observaciones, solicitudes directas y estudios generales– no son vinculantes. Por el contrario, el valor persuasivo que tienen las directrices de la Comisión para los Estados Miembros, los interlocutores sociales, la Comisión de Aplicación de Normas y otros destinatarios dentro de la OIT radica en: 1) su relación lógica con el proceso de aplicación de normas; 2) la igualdad de trato y uniformidad que acompaña su aplicación; 3) la calidad de sus razonamientos, y 4) el reconocimiento general de la independencia y conocimientos especializados de la Comisión en su conjunto.”¹⁰²

No obstante, las directrices emanadas de los órganos de control OIT, si bien no revisten naturaleza jurisdiccional, suelen ejercer influjo sobre los tribunales nacionales, hasta tal grado que, bajo ciertas circunstancias –propias

¹⁰¹ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf

¹⁰² Informe CEARC 2013, Parte I, párrafo 35.

de cada sistema jurídico-, se les ha llegado a reconocer –en la esfera internacional- carácter vinculante: (i) “La renovada jurisprudencia del máximo tribunal [Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina] subraya [-a partir de la sentencia de 11 de noviembre de 2008 en el caso Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales-] que la regla sobre la interpretación de los tratados contenida en el art. 75.22 [de la Constitución Nacional...], al ser aplicada sobre los convenios internacionales del trabajo, determina la introducción de los principios hermenéuticos emanados de los informes de la Comisión de Expertos y de las decisiones del Comité de Libertad Sindical [OIT], con carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales argentinos”¹⁰³; (ii) La Corte Constitucional de Colombia, además de reconocer que los Convenios 87 y 98 OIT se integran al bloque de constitucionalidad, atribuye carácter vinculante a las directrices que en materia de libertad sindical adopte el Consejo de Administración OIT, toda vez que así lo impone el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el Art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Auto 078A/99 de 9 de diciembre de 1999 y sentencias T568/99 de 10 de agosto de 1999, T603/03 de 23 de julio de 2003, y T261 de 29 de marzo de 2012, entre otros fallos)¹⁰⁴; (iii) En República Dominicana, la Suprema Corte de Justicia ha adoptado la tesis según la cual los pronunciamientos de los órganos de control OIT deben ser observados en acato al principio de aplicación de buena fe de los tratados internacionales (“Tercera Sala, sent. 16 de noviembre 2016, B. J., inédito, pp. 14-15, Rte. Ángela Grullón Reyes vs. JDA Inversiones”)¹⁰⁵; y (iv) En contraste, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela) niega eficacia a las directrices de instancias de control de aplicación previstas en tratados internacionales sobre derechos humanos, arrogándose la potestad monopólica –*ex art. 335 de la Constitución de la República-* de interpretación del alcance de las normas que desarrollan derechos humanos (sentencia 1942 de 15 de julio de 2003). Incluso, invocando el principio de soberanía nacional, rechaza el carácter vinculante de los fallos emanados de órganos jurisdiccionales de ámbito internacional, atribuyéndose la potestad de aplicar “un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno” (sentencia 1939 de 18 de diciembre de 2008).

¹⁰³ Héctor Omar García, *ob. cit.*, p. 254.

¹⁰⁴ Ver Francisco Ostau de Lafont, *El carácter vinculante de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en el contexto jurídico colombiano*, pp. 10-13. Recuperado de: <http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/ElCaracter-Ostau.pdf>.

¹⁰⁵ Manuel R. Herrera Carbuccion, “Manifestaciones del impacto normativo de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)”, *Derecho laboral iberoamericano...*, *ob. cit.*, p. 414.

Entre los argumentos más socorridos en favor de la eficacia vinculante de los criterios proferidos por los órganos de control de la OIT, destacan el deber de los Estados miembros de adoptar “las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones” de los convenios que ratifiquen (art.19.5.d de la Constitución OIT); el principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados); y la imperativa interpretación uniforme de los convenios, principalmente aquellos que regulen derechos humanos.

En relación con este último aspecto, de incuestionable trascendencia, conviene ofrecer algunas notas adicionales que, en el sentido indicado, abonan la idea de imperativa interpretación uniforme de las Normas Internacionales del Trabajo: (i) “[L]a igualdad de trato y la uniformidad en la aplicación de los convenios garantizan la predictibilidad. A este respecto, la [CEACR...] destacó que su enfoque en relación con el examen del significado de los convenios también da relevancia prioritaria al servicio de la igualdad de trato para todos los Estados y de la uniformidad en la aplicación práctica. Este énfasis es esencial para mantener los principios de legalidad, lo que alienta a los gobiernos a aceptar los puntos de vista de la Comisión sobre la aplicación de un convenio y, de este modo, propicia el grado necesario de seguridad jurídica para el correcto funcionamiento del sistema de la OIT”¹⁰⁶; (ii) La pretensión de universalidad de los convenios adoptados por la OIT queda de manifiesto tanto en el Preámbulo de su Constitución, 1919 (“Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social (...y) que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países”), como en la Parte V de la Declaración de Filadelfia, 1944 (“los principios enunciados en esta Declaración son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo, su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado”); y (iii) En tanto derechos humanos, los laborales también son universales en un doble sentido: “son de todos los seres humanos (faz personal) y [...] deben ser respetados de manera uniforme (faz material) por todos los Estados de cualquier sistema político, de cualquier religión, y de cualquiera costumbres sociales”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ CEARC, Informe 2013, Parte I, párrafo 28.

¹⁰⁷ Pablo L. Manili, *El bloque constitucional*, 1ª reimpression, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 41.

III. Colofón

§ 1.

La intención del presente ensayo no es otra que ofrecer múltiples trazas que permitan advertir y ponderar el influjo centenario de las Normas Internacionales del Trabajo en la configuración del Derecho laboral iberoamericano; al tiempo de poner de manifiesto el protagonismo de la región en el desarrollo de la función normativa de la OIT.

§ 2.

De todo ello dan cuenta las precursoras líneas arquitecturales de la Constitución de Querétaro, la relevante presencia latinoamericana en el momento fundacional de la OIT y en las primeras décadas de consolidación, el importante número de convenios ratificados en Iberoamérica, la impronta de las Normas Internacionales del Trabajo sobre las legislaciones internas, y la creciente importancia que la jurisprudencia de la región -incluyendo aquella emanada de la Corte-IDH- brinda a la normativa de la OIT, interpretadas bajo la orientación de sus órganos de control.

§ 3.

Todo presagia que esta intensa y rica interacción se encuentra lejos del declive¹⁰⁸. La experticia centenaria de la OIT, ardua e indeclinablemente

¹⁰⁸ Por ejemplo: (i) En Venezuela, del 25 al 28 de abril de 2022, se desarrolló una experiencia de diálogo social tripartito, después de más de veinte años de soliloquio gubernamental, gracias, en gran medida, a las líneas demarcadas en el informe de 17 de septiembre de 2019, producido por la Comisión de Encuesta designada por el Consejo de Administración OIT para analizar el incumplimiento por parte del Gobierno de los Convenios núms. 26, 87 144; (ii) En Perú, de un lado, el presidente de la república, Pedro Castillo Terrones, en su discurso de toma de posesión, el 28 de julio de 2021, declaró como uno de sus objetivos prioritarios “mejorar el nivel de empleo y salarios, condiciones y salarios de acuerdo a lo que señala la Organización Internacional del Trabajo”, y del otro, el ministerio de trabajo y de promoción del empleo presentó, el 8 de septiembre de 2021, una “agenda de 19 puntos” que incluye el “fortalecimiento del diálogo social tripartito” y la ratificación del “Convenio 190 de la OIT (violencia y acoso)”; y (iii) La Propuesta de Constitución Política de la República de Chile que se someterá a plebiscito el 4 de septiembre de 2022, incorpora en su art. 46.1 el deber estatal de garantizar el “trabajo decente y su protección”, constructo esencial en la delimitación de objetivos de la OIT (Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 10 de junio de 2008), lo cual entraña, desde esta perspectivas y entre otras consecuencias, el derecho de los trabajadores “a una remuneración equitativa, justa y suficiente” (art. 46.2), la prohibición de cualquier “discriminación laboral” (art. 46.3), de “toda forma de precarización laboral”, y de cualquier manifestación de “trabajo forzoso, humillante o denigrante” (art. 46.8), y el derecho a la libertad sindical (art. 47.1).

construida sobre el ejercicio del diálogo social tripartito, resulta estratégica para afrontar los desafíos de la globalización económica, el cambio climático, la crisis energética, la revolución digital, los flujos migratorios y la transición demográfica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tercera Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Obras Completas*, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991.

NIKKEN, Pedro, “La Habilitación para Dictar Decreto Ejecutivos con Fuerza de ley restrictivos de los Derechos Humanos y su Contradicción con el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho Público*, N° 83, julio-septiembre 2000, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001.

PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. Primero, Colección de Estudios Jurídicos Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000.

RAFFALLI ARISMENDI, Juan Manuel, *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje N° 5, Tomo II, Ed. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Garantías y Deberes en la Constitución Venezolana de 1999. Ab imis fundamentis II*, Gráfica Lauki, Caracas 2011.

RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco M., “El Control de los Decretos Legislativos en el Ordenamiento Español”, en *El Gobierno Problema Constitucionales*, Aragón Reyes, Manuel y Gómez Montoro, Ángel J. (Coordinadores), Colección Estudios Constitucionales – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

SILVA ARANGUREN, Antonio y SIRA SANTANA, Gabriel, “Decretos Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en ley habilitante, en el año 2015”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144.

LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN

*Victorino Márquez Ferrer**

SUMARIO

I. La especialidad de la relación de trabajo de dirección. II. Razones que justifican un tratamiento especial. III. El concepto de trabajador de dirección en la legislación venezolana. IV. El trabajador de dirección en la jurisprudencia venezolana. Primera Etapa: el concepto amplio del trabajador de dirección (1962-2000). Segunda etapa: concepto restringido del trabajador de dirección (2000-2007). Tercera etapa: retorno al concepto amplio del trabajador de dirección (2007-actualidad). V. La remuneración del trabajador de dirección. VI. Extinción del contrato de trabajo de dirección. VII. Fiscalidad de la remuneración del trabajador de dirección. VIII. Los empleados de dirección expatriados. Esquemas de expatriación del empleado de dirección. Estipulaciones típicas de los contratos de dirección de expatriados. Validez de la escogencia de ley efectuada por las partes. Validez del sometimiento a una jurisdicción extranjera de las controversias con ocasión del contrato de trabajo de dirección. IX. Hacia un replanteamiento de la regulación del trabajador de dirección. Referencias bibliográficas.

I. La especialidad de la relación de trabajo de dirección

La Ley Orgánica del Trabajo de 2012 (“Ley del Trabajo”) contempla una serie de modalidades especiales de trabajo con una regulación propia y específica distinta a la del trabajador ordinario. Su Título IV contiene ocho capítulos dedicados a distintas categorías de trabajadores, ordenando que para cada una de ellas sean dictadas leyes especiales. Las categorías llamadas a una regulación especial son las siguientes: trabajadores residenciales, trabajadores que realizan trabajos para el hogar, trabajadores a domicilio, trabajadores del deporte, trabajadores agrícolas, trabajadores que prestan servicios de navegación terrestre, marítima, fluvial y lacustre, trabajadores del transporte aéreo, trabajadores motorizados, trabajadores culturales y trabajadores con discapacidades.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) con Maestría en Leyes en la Universidad de Harvard. Ha sido profesor de pre y posgrado en la UCAB, en el Instituto de Estudios Superiores de Administración y en la Universidad Nacional de la Fuerza Armada. Es árbitro de la Cámara de Comercio de Caracas y de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio (VENAMCHAM).

De estas leyes, solo se ha dictado una: la Ley Especial para la Dignificación de Trabajadoras y Trabajadores Residenciales.¹

Aun cuando la Ley del Trabajo no contiene un capítulo especial para regular el trabajo de dirección, varias de sus disposiciones dispersas nos permiten inferir que el trabajador de dirección si tiene un estatuto especial y diferenciado del trabajador ordinario.

Primero, el trabajador de dirección no goza de protección frente al despido. No tiene la estabilidad prevista en la Ley del Trabajo y tampoco la inamovilidad que los decretos presidenciales han reservado inveteradamente para los trabajadores ordinarios.

Segundo, los trabajadores de dirección no están sometidos a los mismos límites para la jornada de trabajo que los trabajadores ordinarios. Aquellos pueden trabajar hasta doce horas diarias siempre que el total de horas trabajadas en ocho semanas no exceda en promedio de cuarenta horas semanales; y disfruten dos días continuos de descanso remunerado.

Tercero, los trabajadores de dirección no pueden formar sindicatos ni unirse a los formados por los trabajadores ordinarios para mantener así el principio de pureza de representación y evitar conflictos de intereses.

Cuarto, a diferencia de los trabajadores ordinarios, los trabajadores de dirección pueden quedar excluidos de las convenciones colectivas. En caso de que los trabajadores de dirección participen en la discusión de la convención esta exclusión deja de ser facultativa y pasa a ser automática. Al igual que la limitación del derecho de sindicación, esta exclusión busca evitar el conflicto de intereses que supone que el trabajador de dirección se beneficie de una convención que el mismo negocia (“autocontratación”). Bastante más discutible es la disposición del Reglamento de la Ley del Trabajo según el cual, en caso de exclusión, las condiciones y beneficios del trabajador de dirección no pueden ser inferiores, en su conjunto, a las de los trabajadores amparados por la convención pues constituye un incentivo para que el trabajador de dirección negocie al alza esas condiciones, apartándose de su deber fiduciario hacia el empleador y sus accionistas.

Por último, pero no menos importante, algunas sentencias consideran que los acuerdos privados transaccionales de terminación -para precaver un litigio eventual entre el patrono y el trabajador dirección- tienen fuerza vinculante y valor de cosa juzgada, aun cuando no hayan sido homologados por el Juez o Inspector

¹ En este momento, la Asamblea Nacional se encuentra discutiendo los proyectos de Ley en materia de Trabajadores a Domicilio, así como una Ley Especial para los Trabajadores Conductores y una Ley Especial para los Trabajadores con Discapacidades. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/comision-de-desarrollo-social-aprueba-en-primera-discusion-leyes-especiales-de-lottt>. consultado en fecha 7 de agosto de 2022.

del Trabajo. En estas decisiones, la Sala Social estima que el trabajador de dirección se encuentra suficientemente capacitado para entender las implicaciones de celebrar un acuerdo transaccional, con las consecuentes renunciaciones de derechos que este implica, haciendo redundante la intervención de la autoridad estatal para homologar el acuerdo.²

II. Razones que justifican un tratamiento especial

Varias son las razones que justifican un tratamiento especial y diferenciado del trabajador de dirección. La más mencionada es que este tipo de empleados son una especie de *alter ego* del patrono y representan más los intereses del empresario que de los trabajadores. Tanto así que los trabajadores de dirección suelen tener el poder de comprometer el patrimonio de la empresa y de contratar y despedir a otros trabajadores y fijar su remuneración.

² Así, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la Sentencia N°192 del 17 de marzo de 2005, caso “Carlos V. Sánchez vs. Universal Music de Venezuela, S.A” determinó:

“Establece asimismo el Sentenciador como demostrado, que el grupo Universal Music (incluida la demandada) y el actor, suscribieron un convenio mediante el cual se acordó que el demandante cesaba como Presidente de Universal Music Argentina a partir del 28 de febrero de 2002, y que le pagaban quinientos mil dólares (US\$. 500.000,00) americanos por concepto de todos los derechos laborales debidos y consagrados en las legislaciones laborales venezolana, argentina y estadounidense, en cuyo acuerdo el demandante otorgó un amplio finiquito al grupo de empresas Universal Music; y se incluyó adicionalmente el pacto de que en adelante y hasta diciembre de 2002, se desempeñaría como “asesor” en Venezuela, con una contraprestación mensual de cinco mil dólares americanos (US\$. 5.000,00).

Y establece también que aun cuando el documento de ese acuerdo no llena rigurosamente los extremos de una transacción laboral, visto que el actor era un empleado de dirección, siempre en labores de la más alta gerencia, su voluntad de otorgar dicho finiquito y aceptar el cambio de condiciones de Presidente a Asesor, claramente exteriorizada en él, descarta cualquier error o vicio en la formación de la misma, de modo que la materialización del principio de equidad previsto en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Trabajo, en el caso y en su apreciación “secundum legem”, autoriza para concluir que ese convenio de términos diáfanos debía cumplirse de buena fe, ésta última no asumida cabalmente por el demandante, quien, además de recibir el pago mencionado de quinientos mil dólares americanos (US\$. 500.000,00) negó en el libelo y en la audiencia del juicio que se le hubiese pagado cantidad alguna por sus prestaciones sociales, a pesar de la existencia del “finiquito” citado y de dos “liquidaciones” previas en Venezuela; para cuyas interpretaciones, adicionalmente, el sentenciador de la recurrida consideró aplicable la flexibilización de la normativa del artículo 3º de la Ley Orgánica del Trabajo (Resaltados añadidos). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/0192-170305-04942.HTM>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

Muy ligado a la anterior, se encuentra el elemento de la confianza del patrono hacia el empleado que no es más que una proyección de la potestad del empresario de organizar y dirigir su empresa (corolario esencial de la libertad económica). Si el empresario no pudiera nombrar y remover a su discreción a la cúpula gerencial de la empresa, su derecho de propiedad sobre la misma se vería severamente limitado pues la propiedad debe entrañar control sobre las decisiones fundamentales del negocio (entre ellas, quizá la de mayor importancia, quien la ha de dirigir).

Un tercer factor que justifica el tratamiento especial del trabajador de dirección es su calificación profesional. Los trabajadores de dirección suelen ser profesionales universitarios o técnicos altamente calificados, con conocimiento e información superiores a los de un trabajador ordinario. Esta preparación les permite negociar y pactar con el empleador sus condiciones de trabajo desde una posición de cierta igualdad. Pueden evaluar mejor las ofertas de trabajo y sus implicaciones y tomar una decisión informada sobre cuando una de esas ofertas supera en conjunto a otra. La asimetría de poder entre el patrono y el trabajador de dirección es mucho menos patente que la existente entre un trabajador ordinario y su empleador, y, por tanto, la tutela del derecho del trabajo es menos necesaria. De allí que otras legislaciones confieran a las partes de una relación de trabajo de dirección una amplia autonomía para configurar los términos y condiciones de esa relación a partir de un derecho mínimo necesario.

III. El concepto de trabajador de dirección en la legislación venezolana

La definición de los empleados de dirección surgió por primera vez en el Reglamento³ y no fue sino hasta la Ley del Trabajo de 1990 en la que fue elevada a rango legal. Desde la Ley del Trabajo de 1990 hasta la Ley del Trabajo de 2012, los elementos de la definición de empleado de dirección se han mantenido inalterados. Empleado de dirección es aquel que:

- 1) Interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la empresa;
- 2) 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.

³ El Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 en el artículo 15 establecía en materia de trabajadores de dirección lo siguiente: *“Son empleados de dirección los trabajadores que tengan el carácter de representantes generales del patrono frente a otros trabajadores o terceros y puedan sustituirlo en todo o en parte de sus funciones de administración comprometiendo la responsabilidad del patrono; y de cuya actividad y alto grado de responsabilidad dependa el buen resultado de los trabajos”*.

El uso de la expresión “así como” nos permite descartar de plano la idea de que se trata de requisitos concurrentes (criterio de conjunción). Basta, por tanto, que uno de los supuestos de hecho esté presente (criterio alternativo) para concluir que estamos en presencia de un empleado de dirección. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia venezolana.⁴

Para que un empleado intervenga en la toma de decisiones de la empresa no es indispensable que forme parte del órgano de administración o dirección. La relación de trabajo de dirección puede coexistir con un vínculo de carácter orgánico-estatutario (teoría del doble vínculo) aunque también la condición de director o administrador puede absorber la condición de trabajador en la medida en que las funciones de ambos cargos coincidan de tal manera que solo sobreviva el vínculo orgánico regido por el derecho mercantil y, por tanto, por las estipulaciones libremente convenidas por las partes en ejercicio de la amplia autonomía de la voluntad de la que gozan en el ámbito no laboral. Un trabajador de dirección puede tener efectivamente delegados una serie de poderes de decisión sin necesidad de formar parte del órgano de administración de la compañía designado por la asamblea de accionistas.

Tampoco es necesario que los poderes de decisión abarquen cuestiones generales de la empresa pues basta que el empleado de dirección tenga poder de decisión en el área, departamento o gerencia de que se trate.

El carácter de representante del patrono frente a otros trabajadores se refiere a los poderes de selección y administración del personal y van desde el reclutamiento hasta la extinción del contrato de trabajo, pasando por el establecimiento del esquema de remuneración. También incluyen, desde luego, la representación del patrono en las instancias administrativas y judiciales del trabajo, así como en las mesas de negociación colectiva.

La representación del patrono frente a terceros parece ser también un concepto bastante amplio que incluye la capacidad para obligarlo en los actos y negocios jurídicos que forman parte del objeto de la compañía, pero que también incluye la participación en gestiones de diversa índole -pero de cierta entidad- ante las autoridades estatales.

⁴ De esta forma, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1870 del 25 de noviembre de 2008, caso “Miryán del Carmen Madriz de Lucena vs. Centro Clínica La Isabelica, C.A.” interpretando la ley del trabajo en materia de trabajadores de dirección concluyó que: “*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*”⁴. (Resaltados añadidos). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/1870-251108-2008-07-2090.HTML>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

Como parte de este poder de representación, es frecuente que el trabajador de dirección pueda abrir, movilizar o cerrar cuentas bancarias por montos determinados con o sin la firma conjunta de otra instancia interna que funge como contralor, y en general disponer -con las limitaciones y controles previstas en los actos de delegación o mandato- del patrimonio de la empresa.

La Ley del Trabajo también considera como empleado de dirección a aquel que pueda sustituir al patrono, en todo o en parte, en sus funciones. La alusión a que la sustitución pueda ser total o parcial significa que el trabajador de dirección no necesariamente tiene que ostentar poderes sobre los objetivos generales de la empresa, sino que basta que esos poderes sustitutivos recaigan sobre determinadas áreas o materias (finanzas, operaciones, logística, sistemas, recursos humanos, legales, relaciones institucionales, cumplimiento normativo, seguridad informática que son claves en el giro de una empresa moderna).

La definición de trabajador de dirección de la Ley del Trabajo venezolana resulta así mucho más amplia y flexible que la del alto directivo español. En España, el Real Decreto 1.382/1.985 del 1º de agosto de 1.985 por el que se regula la Relación Laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección, establece lo siguiente:

Se considera personal de alta dirección aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

A modo de desglose, los elementos que conforman la definición del trabajador de alta dirección en España son los siguientes:

- El alto directivo debe ejercer poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa;
- La actividad debe desarrollarse con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de administración y gobierno de la sociedad; y
- Los poderes de actuación del alto directivo han de referirse a los objetivos generales de la empresa.

Bajo esta óptica, solo sería trabajador de dirección aquella persona que ocupa el vértice de la pirámide organizativa (director general, gerente general o presidente ejecutivo) y que está subordinado directamente a la junta directiva de la empresa. En la práctica, y aunque la jurisprudencia española no lo afirma expresamente, llevar hasta sus últimas consecuencias este enfoque implica que el alto directivo se ve limitado a uno por empresa. En cambio, en la definición amplia y flexible del trabajador de dirección contemplada en la ley del trabajo venezolana no existe una restricción numérica para los trabajadores de dirección en el seno de una organización.

Con frecuencia pensamos que la delimitación de la figura del trabajador de dirección debe hacerse solo con respecto al trabajador ordinario. Lo cierto, sin embargo, es que por virtud de la jurisprudencia venezolana es imperativo realizar una segunda operación delimitadora: la del trabajador de dirección con respecto al administrador social excluido de la legislación laboral y regido por las estipulaciones del contrato mercantil celebrado con la sociedad⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia venezolana, cuando un alto cargo forma parte de los órganos de dirección de la compañía y puede determinar sus decisiones se desdibuja de tal modo la subordinación que la relación pierde toda nota de laboralidad y queda excluida del ámbito de la legislación laboral⁶.

En efecto, la jurisprudencia ha interpretado que -como las sociedades actúan a través de sus órganos y el presidente ejecutivo es el órgano de la sociedad- entonces no puede ser a la vez trabajador porque ya es “empresa”.

En esta forma, nuestro Tribunal Supremo arriba -por vía declarativa- a una solución similar a la del Estatuto del Trabajo de España, que excluye de forma constitutiva de su ámbito de aplicación a los consejeros (nuestros directores) que se limiten a cumplir con los cometidos inherentes a tal cargo (cometidos que muchas veces se yuxtaponen a las funciones que realiza un trabajador de dirección y que ha llevado a la más reciente jurisprudencia española a sostener la imposibilidad de que ambos cargos coexistan pues la relación de consejero absorbe la relación de dirección).⁷

⁵ Victorino Márquez Ferrer, *Estudios sobre la relación de trabajo: administradores sociales, trabajadores de dirección, agentes concesionarios, franquicias y productores de seguros*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 16.

⁶ Así, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la Sentencia N°124 del 12 de junio de 2001, caso “Román García Machado vs. Banco Hipotecario de Inversión Turística de Venezuela, C.A (INVERBANCO)” determinó la inexistencia de la relación laboral, toda vez que el reclamante “*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*”. Esta decisión ha sido posteriormente ratificada en otras decisiones como la sentencia N° 1216 dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 3 de agosto de 2006, caso Jesús Machado Montiel vs. sociedad mercantil Estireno del Zulia, C.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/1216-030806-06499>. HTM, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

⁷ De esta forma, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España en la sentencia N°206/2022 del 9 de marzo de 2022, caso “D. Evaristo vs. Cerquia Technology Logistics, S.L.” sostuvo que: “*Es cierto que la jurisprudencia admite que esas personas (los administradores o directivos) puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero ello sólo sería posible para realizar trabajos*

Por otra parte, la jurisprudencia venezolana ha venido sosteniendo que los casos en que la condición de trabajador de dirección coincide con la de accionista con participación decisiva (condiciones a las cuales se añade la pertenencia al órgano de administración social) ya no es sólo la subordinación la que se desdibuja sino también la ajenidad y el trabajo que se presta se toma como un aporte del socio a la compañía.⁸

IV. El trabajador de dirección en la jurisprudencia venezolana

A grandes rasgos, en la jurisprudencia venezolana sobre el empleado de dirección podemos distinguir tres etapas. Una primera etapa, que va desde la aparición de la figura en 1962 hasta el año 2000, marcada por una interpretación amplia de la categoría. Una efímera segunda etapa marcada por una interpretación restrictiva de la categoría, paréntesis que se desarrolla entre 2000 y 2007. Y una tercera etapa, que se inicia en 2007 y transitamos aún en la actualidad, donde se produce un retorno a la interpretación amplia de la categoría.

que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director General, etc.) dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección". Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9907366/competencia/20220328>, consultado en fecha 16 de julio de 2022.

⁸ En este sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N°0437 del 11 de mayo de 2010, caso “Manuel Yáñez Fernández vs. Empresa de Inspección y Control de Venezuela, C.A. (EICV)” determinó: (...) *el accionante era propietario de un número significativo de acciones en la empresa demandada, amén de ser uno de sus fundadores; que era Director Ejecutivo, representante de la empresa y miembro de la Junta Directiva; que tomaba decisiones vinculadas con el desenvolvimiento normal de la accionada; que no estaba sujeto a horario ni a control disciplinario alguno; que no recibía instrucciones de los otros miembros directivos; que al igual que cualquiera de los otros dos socios podía hacerse cargo de cualquier proyecto; que impartía órdenes a los trabajadores de la accionada; que asumía las pérdidas y percibía las ganancias de la empresa; que aunque al igual que los otros socios acordaron la percepción de un monto remuneratorio, se inscribieron en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, aperturaron fideicomisos, y coincidieron en otorgarse el beneficio de prestación de antigüedad en forma “triple”, nunca detentó la condición de trabajador, al carecer dicha relación del elemento “subordinación”, el cual resulta –aunque no axiomáticamente– concluyente en una relación de carácter laboral concebida en el contexto tradicional (...).* Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/mayo/0437-11510-2010-08-2000.HTML>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

Primera Etapa: el concepto amplio del trabajador de dirección (1962-2000)

Los tribunales venezolanos, aún antes de que la figura de los trabajadores de dirección hubiera sido regulada en reglamentos y leyes, ya perfilaba los rasgos básicos de esta categoría. En este sentido, la jurisprudencia del período caracterizaba al empleado de dirección como aquel que participaba en la toma de decisiones de la empresa, representaba al empleador frente a terceros y podía sustituirlo en todo o en parte en sus funciones⁹.

Durante esta etapa, uno de los rasgos esenciales de la jurisprudencia era la amplia latitud concedida al juez para efectuar la calificación en cada caso¹⁰, elemento que está fuertemente vinculado al principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias. Así, la jurisprudencia venezolana subrayaba que “es el principio de la realidad de los hechos el que opera al momento de verificar la condición de un trabajador como de dirección o confianza, y no la calificación que convencional o unilateralmente se le confiera.”¹¹

Por otra parte, los dictámenes de la consultoría jurídica del Ministerio del Trabajo eran coincidentes con las posturas fijadas por la jurisprudencia, ya que en ellas se ponderaba más las funciones que ejercía el trabajador que la denominación del cargo¹².

⁹ Así, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 19 de noviembre de 1987, determinó que el Gerente de una agencia de una entidad de ahorro y préstamo era trabajador de dirección, llegando a tal conclusión a través del análisis de 3 presupuestos para calificar a un trabajador como de dirección, a saber:

- 1.- *Que se trate de un representante del patrono frente a otros trabajadores o terceros;*
- 2.- *Que pueda sustituir al patrono en todo o en parte de sus funciones de administración, comprometiendo su responsabilidad y;*
- 3.- *Que de su actividad y alto grado de responsabilidad dependa el buen resultado de sus trabajos. Ver en Ramírez & Garay, Jurisprudencia venezolana. Tomo CI, cuarto trimestre, 1987, pp. 302-305.*

¹⁰ En concordancia, una antigua sentencia del 5 de diciembre de 1962 de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia señaló que “corresponde al juzgador decidir, en cada caso, con los elementos de autos, si se trata o no de un empleado de confianza o de personal que desempeñe puesto de dirección”.

¹¹ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 294 del 13 de noviembre de 2001, caso “Juan Carlos Hernández Gutiérrez vs. Foster Wheeler Caribe Corporation, C.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/C294-131101-01320.HTM>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

¹² De esta manera, el Dictamen No. 20/21-03-95 dictado por la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo en un caso de un Gerente de Desarrollo de Programas del Fondo de Inversión Social de Venezuela (FONVIS) concluyó que: “para poder

Segunda etapa: concepto restringido del trabajador de dirección (2000-2007)

Durante un breve paréntesis, que podría situarse entre el año 2000 y el 2007, los jueces de la Sala Social se inclinaron por una definición del trabajador de dirección asimilable a la del alto directivo español.¹³

Bajo este nuevo enfoque, el empleado de dirección sería sólo el que está subordinado directamente al órgano máximo de gobierno de la sociedad (la junta directiva), ostenta poderes vinculados a los objetivos generales de la empresa y ejerce potestades inherentes a la titularidad jurídica de la misma, debiendo concurrir los tres elementos (criterio de conjunción).

Siguiendo este criterio restrictivo y para ser lo más gráficos posible, sólo serían empleados de dirección ciertos presidentes ejecutivos y directores generales de las empresas, pero no los gerentes de área (finanzas, recursos humanos, compras, informática, legal, auditoría, logística, cumplimiento normativo, entre otros).

dilucidar el carácter de dirección de un empleado, se debe analizar, más que la denominación del cargo, la naturaleza de las funciones que efectivamente realiza el trabajador". Ver en Dictámenes de la Consultoría Jurídica Ministerio del Trabajo 1994-1995, 1996, p.158.

- ¹³ La Sentencia N°542 del 18 de diciembre del 2000 de la Sala de Casación Social, en el caso "José Rafael Fernández Alfonzo vs. I.B.M. de Venezuela" marcó el punto de inicio de este criterio restrictivo. Concluyendo sobre los trabajadores de dirección:

*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.** (Resaltados añadidos)*

(...)

*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. Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/A542-181200-99398.HTM consultado en fecha 17 de julio de 2022.*

Sin embargo, como veremos, este criterio tan restrictivo fue superado sin que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal haya expuesto con claridad las razones por las que se apartó del mismo, para reconectar -acertadamente en mi opinión- con lo que siempre fue la categoría del empleado de dirección en la tradición legal y jurisprudencial venezolana.

Tercera etapa: retorno al concepto amplio del trabajador de dirección (2007- actualidad)

A partir del año 2007 en adelante, la jurisprudencia venezolana abandona el concepto restringido del empleado de dirección y retoma el concepto amplio, flexible y casuístico de la tradición legal venezolana.¹⁴

En esta última etapa, que seguimos transitando en la actualidad, vemos como la jurisprudencia se desmarca del criterio restrictivo, retomando el criterio amplio según el cual, si el trabajador en ejercicio de sus funciones goza de cierto rango de autonomía y puede sustituir al empleador en todo o en parte de sus funciones, podrá ser calificado como empleado de dirección en aplicación del principio de primacía de la realidad de los hechos, atendiendo a la naturaleza de los servicios prestados.¹⁵

¹⁴ En este sentido, marcamos como punto de retorno la Sentencia N°1866 del 18 de septiembre de 2007 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, caso “Ivonne Sonsire Pargas vs. Hidro Agri Venezuela, C.A” en la que explicó la importancia del análisis de las funciones prestadas por el trabajador argumentando:

“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.”. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/septiembre/1866-180907-061473.HTM>, consultado en fecha 17 de julio de 2022.

¹⁵ La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N°450 del 4 de junio de 2018, caso “Rafael Ramón Piñero Montero vs. Bohai Drilling Service Venezuela, S.A.” explicando la importancia de analizar la naturaleza real de los servicios prestados:

“Como se aprecia del criterio jurisprudencial que antecede, la categorización de un trabajador como de dirección depende 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, principalmente, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debiendo deducirse que el acto de representación es consecuencia de las apreciaciones y decisiones que él ha adoptado, y no que actúa como un mero mandatario, toda vez que, si bien la condición de empleado de dirección implica un mandato del patrono -aun tácito- no

De allí que la jurisprudencia de esta etapa ha venido determinando que aquellos trabajadores que ostenten poderes sobre ciertas áreas o departamentos de la empresa, como sería el caso de Gerentes de Servicios Logísticos y otros afines¹⁶, son trabajadores de dirección, por cuanto sus roles dentro de la entidad de trabajo los califican como tal. La Sala Social también ha catalogado como trabajador de dirección a un Gerente de Cadena de Suministros de Comercio de Geomercado con el argumento de que sustituía al patrono, *en algunas ocasiones*, confirmando que los empleados de dirección no necesariamente deben ostentar poderes sobre los objetivos generales de la empresa ni estar subordinados sólo al máximo órgano de gobierno de las sociedades sino que también los gerentes sectoriales altos y medios pueden quedar subsumidos en esa categoría.¹⁷

necesariamente en mandamiento subyace esa categoría.” Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/211935-0450-4618-2018-17-786.HTML>, consultado en fecha 17 de julio de 2022. Esta decisión ha venido a ratificar el criterio amplio de la jurisprudencia en materias de trabajadores de dirección, postura que se observa en otras decisiones de la Sala de Casación Social, como sería la sentencia N° 458 del 5 de junio de 2017, caso Jesús Álvarez Morales vs. Maerks Contractors Venezuela actualmente Maritime Contractors de Venezuela, S.A y Sentencia N° 122 del 5 de abril de 2013, caso Milagros González vs. Palmera Motors, C.A.

¹⁶ Así la Sentencia N°618 de la Sala de Casación Social del 12 de julio de 2017, caso Antonio Cárdenas vs. Banco de Comercio Exterior, C.A. (BANCOEX), concluyó:

“En el caso concreto, fue un hecho admitido que el actor tomaba decisiones conjuntamente con la Comisión de Contrataciones Públicas; y, quedó demostrado que tenía firma autorizada para movilización de cuentas, participaba en las órdenes para pago de servicios, representaba al patrono ante otros trabajadores al ser cabeza de una gerencia y representaba a la institución ante terceros al asistir a la Asamblea General Ordinaria de Copropietarios del Edificio Centro Gerencial Mohedano y formar parte de la Junta de Condominio del mencionado inmueble como Miembro Principal, todo lo cual, considera la Sala son actividades que se corresponden con las funciones de un trabajador de dirección, definidas en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras e interpretadas por la jurisprudencia reiterada de esta Sala de Casación Social, como lo estableció la recurrida, razón por la cual, no incurrió en falsa aplicación del artículo denunciado.” Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/201025-0618-12717-2017-16-872.HTML consultado en fecha 17 de julio de 2022.

De igual forma, otros cargos que se ubican por debajo de la junta directiva, como sería el caso de Gerentes Regionales, han sido categorizados como trabajadores de dirección. Así ha sido decidido por la jurisprudencia venezolana en la sentencia N°01240 del 25 de octubre de 2012 dictado por la Sala Político Administrativa.

¹⁷ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°1975 del 4 de octubre de 2007, caso Frederick Pierru contra Schlumberger Venezuela, S.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1975-041007-07456.HTM> consultando en fecha 9 de agosto de 2022.

En conclusión, para el momento de escribir estas líneas podemos afirmar que el concepto amplio del trabajador de dirección parece haberse afianzado en la jurisprudencia laboral venezolana. La calificación de un empleado como de dirección dependerá, por tanto, de la efectividad probatoria del empleador en demostrar uno o varios de los extremos que configuran la definición legal y de la discrecionalidad y equidad judiciales.

V. La remuneración del trabajador de dirección

En los trabajadores ordinarios, el componente fijo de la remuneración suele ser preponderante. En cambio, una buena parte de la remuneración de los empleados de dirección es variable y está sujeta al desempeño individual y a la evolución del negocio. También en este aspecto el trabajador de dirección (agente) tiene intereses coincidentes con los de su empleador (principal)¹⁸.

Los empleados de dirección acostumbran recibir la mayor parte de su remuneración fija y variable en moneda extranjera, aunque la extensión de la dolarización ha hecho que cada vez más los trabajadores ordinarios accedan a formas mixtas de remuneración (“*Split pay*” bolívar-dólar). En estos casos, es conveniente destacar que la porción pagada en moneda extranjera que pueda ser calificada como salario debe también formar parte del salario a los efectos del cálculo de los beneficios laborales.

Las bonificaciones por desempeño están atadas a metas colectivas e individuales. Como punto de partida de los programas de bonificaciones, la junta directiva de las compañías suele establecer un pote total (“*bonus pool*”) a ser destinado al programa que se nutre de un porcentaje de las ventas de la compañía, otro porcentaje de la ganancia operativa, y otro porcentaje del flujo de caja libre, o de un porcentaje del incremento de estos indicadores que son los utilizados con

¹⁸ No siempre desde luego los intereses del trabajador de dirección (agente) coinciden con el de la empresa o sus accionistas (principal). De hecho, los sistemas de remuneración ejecutiva buscan alinear al máximo posible los intereses de los altos gerentes con los de los accionistas estableciendo esquemas que vinculen un parte importante de la remuneración al valor que el ejecutivo le agrega a la empresa y sus accionistas. En teoría, es a la junta directiva de las empresas -como representante de los accionistas- a la que le corresponde proponer fórmulas que alineen la compensación de los altos gerentes con los intereses de los accionistas. Sin embargo, aún falta un trecho importante para filtrar de los paquetes retributivos de los ejecutivos (bonos, opciones sobre acciones) los factores que tienen que ver con el comportamiento del mercado en general y el sector en particular más que con la contribución del ejecutivo. ¿Cuánto de la apreciación del valor de la empresa es debido a las acciones del ejecutivo y cuánto a la apreciación del mercado o del sector en general? Para una discusión sobre los obstáculos y desafíos de la compensación de los altos ejecutivos, véase Lucian Bebchuk and Jesse Fried, *Pay without Performance, The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2004).

más frecuencia. El porcentaje de las ventas busca incentivar el crecimiento, el porcentaje de la ganancia operativa los márgenes y la eficiencia del gasto; y el flujo de caja libre la retribución de los accionistas en forma de dividendos y recompras de acciones. Mientras mejor sea el desempeño de conjunto de la compañía en un ejercicio mayor será el pool para asignar entre los beneficiarios del programa. Posteriormente, ese pote total se distribuye entre las distintas unidades de negocio o entre los diversos territorios donde opera la compañía para luego ser asignado entre los distintos departamentos de esas unidades (*sub-pools*). Llegado este punto, los empleados que participan del programa son agrupados según su desempeño, por ejemplo, en una escala del 1 al 4, siendo el 1 el puntaje que reciben los empleados con desempeño sobresaliente y el 4 los de pobre desempeño. A cada categoría de desempeño se le asigna un porcentaje del *sub-pool*. Naturalmente, el grupo de mejor desempeño se lleva un mayor porcentaje de ese *sub-pool*. Así, por ejemplo, el grupo con mejor desempeño se lleva el 50% del *sub-pool*, seguido del 35% para el segundo grupo y de 15% para el tercero. Los de pobre desempeño no reciben asignación. Finalmente, y una vez decantado el *sub-pool*, cada empleado es evaluado en función del nivel del cumplimiento de los targets individuales (expectativas de rendimiento) establecidos con base en una escala (supera con creces las expectativas, supera las expectativas, satisface las expectativas, no cumple las expectativas) y se le adjudica una bonificación que puede ser desde cero hasta un tope máximo de su remuneración.

Las bonificaciones también pueden remunerar los resultados a corto, mediano y largo plazo de la empresa y una parte de estas puede quedar sujetas por contrato o por disposición de la ley a resolución o devolución (“*malus*” y *clawback*”) en caso de que la compañía se vea obligada a rectificar sus estados financieros como consecuencia de irregularidades contables. Estas provisiones sobre devolución de los bonos en determinadas circunstancias resultan imperativas en el sector financiero de ciertos países y son una secuela regulatoria de la crisis financiera que estalló entre 2007 y 2009 en el mundo occidental.

Antes de 2012, la jurisprudencia sobre el carácter salarial de los bonos por desempeño no era pacífica. A partir de ese año, sin embargo, el Tribunal Supremo se ha venido decantando por el carácter salarial de esas bonificaciones a los efectos de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones de ley, en especial cuando las mismas son pagadas en forma regular y permanente.¹⁹

¹⁹ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1848 del 1 de diciembre de 2011, fijó sobre tales bonificaciones:

(...) los bonos por metas alcanzadas, son cancelados por el patrono por el esfuerzo rendido por el trabajador y que redundan en ingresos para el empleador y es motivado a la fuerza de trabajo que se procura la compensación del trabajador. No se trata pues de una dádiva o de un premio. Es el reconocimiento al esfuerzo, individual o colectivo, que realiza el trabajador, siendo por lo tanto justo que dichos pagos formen parte del salario, tal y como lo establece el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 133 de la Ley

No obstante, la calificación de una bonificación como salario debe hacerse caso por caso en función de las notas de regularidad, permanencia, condicionalidad y certeza.

En algunos casos, las bonificaciones que remuneran el desempeño a corto plazo son devengadas un año y pagadas dentro del primer trimestre del año siguiente cuando la compañía cierra el ejercicio. Solo entonces se conoce con exactitud hasta qué punto se han cumplido las metas trazadas y el monto de la bonificación (hasta ese momento solo se conocen los rangos) y es posible determinar su impacto prestacional.

Las bonificaciones que dependen de metas colectivas de la empresa, de la sucursal o del departamento tienen que ver menos con la contribución individual de cada trabajador y más con el funcionamiento del equipo o la empresa en su conjunto y en estos casos resulta más fácil argumentar que no se pagan a cambio de la contraprestación individual del servicio.

En el caso de los trabajadores ordinarios, las bonificaciones por desempeño suelen no exceder un determinado porcentaje de la remuneración fija (entre un 30% y un 50%). En contraste, los empleados de dirección llegan a tener bonificaciones que oscilan entre 0 y 150% de la remuneración fija, estando el tope máximo reservado a los casos de desempeño estelar a nivel individual.

En tiempos recientes, dadas las notables dificultades de atraer y retener personal calificado en Venezuela, las empresas aplican esquemas de retención que consisten en pagos únicos por cada año aniversario de permanencia en la empresa. La relación de estos pagos con la calidad de la prestación del servicio es mucho más tenue que la de los bonos por desempeño y, por tanto, puede argumentarse que no forman parte del salario a los efectos de cálculo de las prestaciones, sujeto a ciertas condiciones. Muy ligada a la anterior, se encuentran los bonos que se le pagan a los empleados a la firma del contrato de trabajo. Estos bonos se han convertido en un elemento de “*poaching*” usado por las empresas y cazatalentos y los mismos buscan ser un anzuelo para que el empleado acepte la oferta del nuevo empleo. También buscan compensar la pérdida de ciertos elementos de compensación ligados a la anterior posición que se encontraban condicionados a la permanencia del empleado en la compañía (el caso de opciones sobre acciones no realizadas es uno, el de los bonos por desempeño devengados y no pagados es otro, cuando sea condición para percibirlos que el empleado siga en la empresa para el momento del pago). Al no ser aún empleado de la compañía cuando los mismos se pactan estos bonos carecen de naturaleza remuneratoria incluso si los mismos se pagan en varias cuotas, en cuyo caso la bonificación cumple no solo el objetivo de atraer talento sino también de preservarlo en el tiempo.

Orgánica del Trabajo. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1848-11211-2011-10-1028.HTML>, consultado en fecha 22 de julio de 2022.

Otra fórmula a la que se recurre con cierta frecuencia a la hora de estructurar paquetes de remuneración de los empleados de dirección es a los días adicionales del fondo de garantía de prestaciones, los cuales claramente no son salario y apuntalan el ahorro del trabajador. Con respecto a esta práctica surge la duda de si, a la hora de realizar la comparación entre los aportes al fondo de garantía y el retroactivo que ordena la Ley del Trabajo²⁰ deben tomarse en cuenta o no los días adicionales otorgados por contrato.

Las primas por cambio de control aparecen también en los contratos de alta dirección. Estas primas se disparan cuando la compañía es adquirida por otra, el adquiriente desea cambiar la gerencia para designar personas de su confianza y el empleado de dirección es despedido. Al no tener relación alguna con la prestación del servicio, estas primas carecen de carácter salarial.

Un concepto que empieza a aparecer en algunos contratos de dirección es el de reembolso de gastos por trabajo remoto. Los empleados reciben una asignación mensual basada en un estimado de los costos y gastos asociados al trabajo desde el hogar. Por su naturaleza compensatoria de gastos estos pagos no tienen naturaleza salarial.

En el caso de trabajadores de dirección expatriados, la política de remuneración de las compañías puede incluir un sobresueldo por dureza (“*hardship*”) cuando un empleado es trasladado a un país con unas condiciones socioeconómicas particularmente exigentes. Generalmente, se trata de un incremento del sueldo base en torno a un veinte por ciento que suele formar parte del salario a los efectos del cálculo de los beneficios laborales.

Los empleados de dirección expatriados (o incluso los que se trasladan de residencia dentro del país) suelen recibir primas de relocalización para compensar los gastos de traslado y mudanza que no revisten carácter salarial debido a la causa que los origina y a su eventualidad.

Luego encontramos un conjunto de beneficios como la provisión de vivienda, acceso al club social, pago de colegio de hijos, viajes familiares o de placer, seguros médicos, aportaciones a planes de ahorro y de pensiones, opciones para la compra de acciones de la compañía, suscripciones a revistas digitales, tarjeta de crédito corporativa para gastos asociado al trabajo y asignación de vehículo cuyo carácter salarial ha sido generalmente negado por la jurisprudencia para el caso de los empleados de dirección²¹.

²⁰ Artículo 142.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.

²¹ Así lo ha determinado la jurisprudencia venezolana a través de las sentencias N° 1633 del 14 de diciembre de 2004 de la Sala de Casación Social. Caso Enrique Emilio Álvarez Centeno vs. Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A., Disponible en:

En la siguiente tabla presentamos una apreciación sobre el tratamiento salarial que reciben los conceptos antes comentados y otros que pueden formar parte de la compensación de los empleados de dirección:

Modalidad de remuneración	Impacta PS	Zona Gris	No Impacta PS
Salario fijo	X		
Bonos por desempeño individual	X		
Bonos por metas colectivas		X	
Primas por hardship (sobresueldo)	X		
Días adicionales de prestaciones			X
Pagos por retención		X	
Aportes planes de ahorro			X
Reembolso gastos trabajo remoto			X
Primas por relocalización			X
Primas por cambio de control			X
Bono a la firma			X
Seguros			X
Stock options			X
Vehículo			X
Club			X
Tarjeta corporativa			X
Suscripciones			X
Viajes familiares			X
Educación de hijos			X
Beneficio de alimentación ligado IPC		X	
Planes de pensiones			X
Dietas Junta Directiva (directores externos)		X	
Cursos de formación			X

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1633-141204-041213.HTM>; y Sentencia N° 1354 del 4 de diciembre de 2012 de la Sala de Casación Social. Caso Giovanni Bonici vs. Industria Láctea Venezolana C.A. (INDULAC). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1354-41212-2012-11-197.HTML>

Las calificaciones antes señaladas son meramente ilustrativas. La conclusión sobre el carácter salarial de un determinado concepto puede variar caso por caso en función de la forma como se estructura y documenta. Algunos conceptos pueden o no ser salario en función de su regularidad, frecuencia y certeza de pago, permanencia y condicionalidad. La calificación también puede variar en función del carácter retributivo o no del servicio del concepto de que se trate.

Finalmente, otra alternativa que instrumentan los empleadores con sus empleados de dirección es lo que ha dado en llamarse “salario paquetizado”. Esta modalidad consiste en que, en lugar de esperar el devengo de las utilidades convencionales (finales de año) y el bono vacacional (oportunidad de disfrute de vacaciones) las empresas pagan 1/12 de las utilidades y el bono vacacional junto con el sueldo fijo mensual, aunque discriminando estos conceptos por separado en el recibo de pago. La jurisprudencia ha bendecido esta alternativa que busca mejorar el ingreso mensual disponible del empleado²².

VI. Extinción del contrato de trabajo de dirección

El contrato celebrado con el empleado de dirección puede ser extinguido por voluntad unilateral del empleador, sin invocar causa alguna que justifique la extinción y sin necesidad de aviso previo, a menos que este último haya sido convenido en el contrato.

Se trata de una excepción rotunda al régimen estabilidad e inamovilidad laboral que contempla el ordenamiento laboral venezolano en favor de los trabajadores ordinarios, una de las más extremas del mundo, que ha encarecido -aunque no evitado- la terminación de los empleados incluso en aquellos casos en que la misma está fundada en circunstancias no atribuibles al empleador. Y es que la legislación venezolana no contempla el despido objetivo por causas económicas y el trámite de un despido disciplinario, previa autorización del Ministerio del Trabajo, resulta tan engorroso que los empresarios optan por incentivar un mutuo acuerdo de terminación con los trabajadores ordinarios. El único supuesto en el que los trabajadores ordinarios pueden ser despedidos por voluntad unilateral del empleador y sin causa justa fundada es cuando el trabajador se encuentra en período de prueba (primer mes de la relación laboral), uno de los más cortos del mundo.

²² Ver sentencias: Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1246 del 8 de noviembre de 2010, caso Luis Felipe Natera Amundaraín vs. PDVSA Petróleo, S.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/1246-81110-2010-09-1527.HTML>; Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°0222 del 26 de abril de 2013, caso Fernando Guillermo Reyes vs. Compañía Brahma Venezuela, S.A. Disponible en: historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0222-26413-2013-10-1372.HTML

Según la doctrina española, “el desistimiento empresarial (despido del empleado de dirección) constituye la más genuina concreción y manifestación de hasta qué punto el componente subjetivo de la fiducia impregna la causa misma del contrato de alta dirección. De la misma forma que la existencia y concurrencia de la confianza entre los sujetos se constituye en piedra angular del nacimiento y mantenimiento de la relación jurídica, la desaparición de aquel componente esencial justifica el fin del contrato. Es precisamente la proximidad, jurídica y funcional, existente entre la figura del alto directivo y la del empresario la que fundamenta la facultad de libre desistimiento.”²³

Al ser el despido del trabajador de dirección una forma de extinción no causal, en principio, resulta irrelevante la causa verdadera del despido pues el empleador no está obligado a revelarla. Desde luego, que la facultad patronal de extinguir la relación de trabajo de dirección no puede hacerse valer por circunstancias ajenas al trabajo y tampoco para propiciar despidos basados en motivos discriminatorios (sexo, raza, religión, inclinación política, creencia religiosa, embarazo, entre otros).

No obstante, aun cuando el motivo subyacente del despido haya sido una causa discriminatoria, la prueba directa de tal circunstancia resulta prácticamente imposible y en la mayoría de los casos habrá que atenerse a los indicios de los actos y comunicaciones previas que precedieron a la extinción, así como a la coincidencia temporal entre el conocimiento por parte del patrono de hechos relacionados con el ámbito personal e íntimo del empleado y el despido. Por ejemplo, si una mujer que ostenta un cargo de dirección venía recibiendo reportes de evaluación negativos o el órgano de dirección venía deliberando sobre su posible sustitución antes de quedar embarazada, y luego resulta despedida durante su embarazo, la causa subyacente del despido es el mal rendimiento y no el embarazo. La misma conclusión resulta aplicable en casos de que el trabajador de dirección se vea incapacitado temporalmente por una enfermedad de cierta duración y es despedido mientras está incapacitado.

Al estar vigente en Venezuela un régimen de inamovilidad laboral decretado por el Ejecutivo Nacional desde el 2002, el conocimiento y la calificación de un empleado como de dirección u ordinario en los procedimientos de reenganche recae en la autoridad administrativa del trabajo y no en el poder judicial. Con el agravante de que el procedimiento sumario de reenganche previsto en la Ley del Trabajo (artículo 425) parece invertir las fases de conocimiento y decisión, violentando el derecho a la defensa del empleador. En efecto, tal como está planteado, si queda demostrada la existencia de la inamovilidad laboral y existe una presunción de la existencia de la relación de trabajo, el Inspector ordena el reenganche y el pago de los salarios caídos y se procede a ejecutar compulsivamente el reenganche. Es solo en el momento de la ejecución del reenganche cuando el empleador tiene noticias del procedimiento en su contra.

²³ José Manuel Moya Castilla y Sara Pose Vidal, *El régimen jurídico-laboral de los altos directivos*, Praxis, Barcelona, 1998, p. 151.

El problema estriba en que, si el trabajador despedido es efectivamente de dirección, carece de inamovilidad y el procedimiento descansa en un falso supuesto. Afortunadamente, la mayoría de los Inspectores de Ejecución cuando arriban a la sede del empleador a ejecutar el reenganche y este alega que el solicitante es un trabajador de dirección, presentando alguna prueba o principio de prueba que permita inferir que se trata de una condición discutida, los Inspectores se abstienen de hacer cumplir la orden de reenganche y abren el procedimiento a pruebas para que el patrono pueda ejercer su derecho a demostrar alguno de los extremos que configuran la definición del trabajador de dirección.

En todo caso, en una futura reforma legal sería idóneo que la función jurisdiccional que cumplen los Inspectores en materia de fuero e inamovilidad fuera reasignada a los jueces que, al fin y al cabo, son la instancia adecuada para despejar conflictos de hecho y de derecho. Esto permitiría concentrar a los Inspectores en la función a la que le deben su nombre: inspeccionar el cumplimiento de la normativa laboral para garantizar el respeto de los derechos laborales básicos además de mediar en los conflictos de intereses laborales.

VII. Fiscalidad de la remuneración del trabajador de dirección

La gravabilidad de las percepciones que conforman la remuneración del empleado de dirección no tiene que ver necesariamente con el carácter salarial que puedan revestir cada una de esas percepciones para la legislación laboral. Hemos visto, por ejemplo, como la jurisprudencia tiende a considerar que los bonos por desempeño revisten carácter salarial. Sin embargo, estos no forman parte del ingreso gravable por virtud de las decisiones de la Sala Constitucional.

Para la jurisprudencia constitucional, en efecto, no son gravables aquellas percepciones accidentales que carecen de la regularidad, fijeza y permanencia de la remuneración fija.²⁴

Bajo este criterio, tampoco serían gravables conceptos como el bono vacacional (que solo se paga una vez al año) o las utilidades que dependen de la ganancia distribuible. Con más razón, tampoco son gravables los conceptos extrasalariales antes enumerados (bonos por retención, firma de contrato, cambio de control, entre otros) toda vez que los mismos carecen de regularidad, certeza y permanencia.

²⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°301 del 27 de febrero de 2007, caso: “Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/301-270207-01-2862.HTM>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022; y sus posteriores sentencias aclaratorias Nros. 390 y 980 del 9 de marzo de 2007 y 17 de junio de 2008, respectivamente, dictadas por la misma Sala.

La no gravabilidad de los bonos constituye un fuerte incentivo para que los trabajadores quieran recibir una parte importante de su remuneración por esta vía. Al no ser gravables, el empleador no queda obligado a retener impuesto sobre la renta y esto favorece el ingreso disponible de los empleados. La administración tributaria, no obstante, puede cuestionar la deducibilidad de los gastos en bonificaciones para las empresas si no se ha practicado la retención correspondiente.

Los beneficios de club, tarjeta corporativa y vehículo tienen un carácter permanente, pero pueden ser gravables o no dependiendo de cómo estén estructurados. La acción del club, por ejemplo, puede estar a nombre de la compañía o del empleado, al igual que el vehículo y la tarjeta corporativa puede ser para el reembolso de gastos de trabajo o para sufragar gastos personales del empleado.

Algunos contratos de trabajo de dirección contienen indemnizaciones por terminación, más allá de las prestaciones sociales contempladas en la ley venezolana. Por ejemplo, en casos de extinción, el empleado de dirección tiene derecho a recibir hasta dos años de salario, derecho que generalmente queda condicionado a restricciones de no competencia²⁵, así como los bonos por desempeño o la fracción devengada y no pagada. No obstante, en casos de negligencia manifiesta o mala fe el ejecutivo puede perder su derecho a estas indemnizaciones.

Consideramos que tanto las indemnizaciones legales como las contractuales asociadas a la terminación de la relación de trabajo están exentas de impuesto sobre la renta por disposición expresa de la ley²⁶.

A continuación, presentamos una tabla que resume el tratamiento fiscal a efectos de impuesto sobre la renta de algunos de los componentes que conforman la remuneración del empleado de dirección:

²⁵ Consideramos que las normas relativas a las limitaciones que pueden imponerse a los empleados para competir con la empresa en el reglamento de la ley del trabajo de 2006, una vez terminado el contrato, no son normas de orden público (y más aún en el caso de los empleados de dirección). Por tanto, consideramos que las partes, una vez finalizada la relación de trabajo, pueden pactar una prohibición de concurrencia por un período mayor a seis meses sea compensada o no.

²⁶ Artículo 14.1 Ley de Impuesto sobre la Renta. “*Los trabajadores o sus beneficiarios, por las indemnizaciones que reciban con ocasión del trabajo, cuando les sean pagadas conforme a la Ley o a contratos de trabajo, por los intereses y el producto de los fideicomisos constituidos conforme a la Ley Orgánica del Trabajo y por los productos de los fondos de retiro y de pensiones*”.

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR HUMBERTO ROMERO-MUCI

Modalidad de remuneración	Gravable	Zona Gris	No Gravable
Salario fijo	X		
Bonos por desempeño individual			X
Bonos por metas colectivas			X
Primas por hardship (sobresueldo)	X		
Utilidades			X
Bono vacacional			X
Días adicionales de prestaciones			X
Pagos por retención			X
Aportes planes de ahorro			X
Reembolso gastos trabajo remoto			X
Primas por relocalización			X
Primas por cambio de control			X
Bono a la firma			X
Seguros			X
Stock options			X
Vehículo		X	
Club		X	
Tarjeta corporativa		X	
Suscripciones			X
Viajes familiares			X
Educación de hijos	X		X
Beneficio de alimentación ligado IPC	X		
Planes de pensiones			X
Pagos por terminación			X
Dietas Junta Directiva (directores externos)	X		

Las clasificaciones arriba expuestas deben confirmarse caso por caso, atendiendo a las particularidades del concepto y su frecuencia de pago. Algunas de las clasificaciones pueden variar.

VIII. Los empleados de dirección expatriados

Los inversionistas extranjeros en el país suelen expatriar o desplazar a Venezuela empleados que asumen las riendas de sus sucursales o filiales en el país y que -claramente califican- como trabajadores de dirección.

La expatriación en general es un fenómeno que responde a una casuística extrema y las circunstancias de cada caso determinan el derecho aplicable, cuestión que por su misma naturaleza queda confiada a los jueces. Las relaciones laborales internacionales -entre ellas las de dirección- se desarrollan en un mundo jurídicamente fraccionado. En la expatriación confluyen, además, una pluralidad de regulaciones: laboral, migratoria, de seguridad social y tributaria y las soluciones que ofrece cada ámbito no son necesariamente coincidentes.

Desde nuestra perspectiva, la falta de certeza sobre el derecho laboral que rige las expatriaciones puede ser abordada con éxito en el caso de los trabajadores de dirección dándole un mayor peso a la autonomía de voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable y la jurisdicción competente. Sobre esto volveremos más adelante.

Esquemas de expatriación del empleado de dirección

La doctrina coincide en que existen dos esquemas o patrones de expatriación.²⁷ En el patrón unitario, la relación de trabajo se concibe como una relación única que se mantiene en el tiempo y que gravita hacia un solo ordenamiento jurídico (el del país de origen o de contratación). El trabajador de dirección expatriado de carrera responde a este patrón. Mantiene una relación con la sociedad matriz -o con alguna sociedad del grupo que centraliza la contratación y manejo del personal expatriado- pero que cambia de lugar de trabajo varias veces en su carrera. También encajan en este patrón aquellos trabajadores que son desplazados (“asignados”) a otros países por duraciones cortas con retorno al país de origen, donde trabajan un tiempo a la espera de una nueva asignación. La relación laboral es única con el empleador del país de origen y a su legislación se ancla el contrato de trabajo.

En el patrón plural, en cambio, hay una sucesión de relaciones laborales: la relación laboral en un país se extingue (y es liquidada) o se suspende antes de dar paso a una relación distinta con otra empresa del grupo empresarial global a nivel local. Cada segmento de la prestación de servicio se rige por la ley y el contrato de trabajo locales celebrado con la empresa de destino. El hecho de que a un empleado se le reconozca la antigüedad en el contrato de la empresa de destino

²⁷ Ana Matorras Díaz-Caneja, “La expatriación de trabajadores aproximación conceptual y aspectos jurídicos-laborales críticos”, en *Revista del Ministerio del Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio del Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, Nro. 105, España, 2013. pp. 223-276.

no necesariamente apunta a una única relación laboral ni a un patrón unitario de expatriación pues el reconocimiento de la antigüedad puede ocurrir en varios contextos laborales incluso cuando el trabajador es contratado por otra empresa que no está para nada vinculada con el empleador anterior.²⁸

Como en la generalidad de los casos los empleados de dirección expatriados que son destinados a Venezuela no tienen la nacionalidad venezolana, la empresa de destino celebra con empleado un contrato de trabajo con una remuneración en moneda local (que las más de las veces resulta nominal) con el solo propósito de obtener de parte del Ministerio del Trabajo, la autorización laboral necesaria para la expedición de una visa de transeúnte laboral²⁹. Esta remuneración suele cubrir los gastos de mantenimiento en moneda local del empleado de dirección y las contribuciones a la seguridad social³⁰. La celebración de estos contratos locales busca cumplir una mera formalidad y, por tanto, no debe tener en nuestra opinión impacto en el análisis de la legislación aplicable pues tienen un carácter meramente accesorio. Distinto es el caso cuando el empleador real es la entidad local y el contrato venezolano tiene sustantividad real. Dado que establecer el lugar habitual de prestación de servicio en un supuesto unitario de expatriación resulta complejo (salvo en el caso que haya preponderancia temporal clara de un lugar de prestación de servicios sobre los demás) el ancla del contrato de trabajo termina siendo el lugar donde se encuentra el establecimiento de contratación del empleado que generalmente coincide con el lugar donde se lleva la administración empresarial del grupo a nivel mundial.

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Para obtener la visa de transeúnte laboral se debe contar con la autorización laboral expedida por el Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo. Entre los requisitos para la emisión de la autorización laboral se encuentra una oferta de trabajo emitida por la empresa contratante (que deberá tener su domicilio en Venezuela) con indicación de la duración del contrato de trabajo, costos de repatriación del trabajador, cargo, horas de trabajo, beneficios salariales y la mención expresa de que trabajador extranjero capacitará a trabajadores venezolanos durante la vigencia del contrato de trabajo. La oferta de trabajo debe tener una cláusula de sujeción a la legislación venezolana.

³⁰ El artículo 27 de la LOTTT establece limitaciones a la contratación de personal extranjero en los siguientes términos: *“El noventa por ciento o más de los trabajadores y de las trabajadoras al servicio de un patrono o una patrona, que ocupen un mínimo de diez, deben ser venezolanos o venezolanas. Así mismo, las remuneraciones del personal extranjero no excederán del veinte por ciento del total de las remuneraciones pagadas al resto de los trabajadores y de las trabajadoras.*

Se requerirá la nacionalidad venezolana para ejercer ciertas responsabilidades, tales como: jefes de relaciones industriales, de personal, capitanes de buque, aeronaves, capataces o quienes ejerzan funciones análogas, sin que esto pueda considerarse como una discriminación.”

Por supuesto, en algunos casos, el lugar donde se encuentra la sociedad contratante puede no tener ninguna conexión real ni con el nacimiento ni con el desarrollo de la relación laboral y constituir un fraude a la ley.

Estipulaciones típicas de los contratos de dirección de expatriados

Sin detenerse demasiado en la distinción antes señalada entre los esquemas unitario y plural de expatriación y sus implicaciones, los términos y condiciones de la relación laboral del empleado de dirección expatriado son con frecuencia plasmados en una carta-oferta (“*offer letter*”) o carta de asignación (“*assignment letter*”) que suele hacer referencia a las condiciones de trabajo a nivel global de dichas compañías contenidas en manuales que regulan de forma uniforme a los expatriados más ciertas condiciones individuales. Pasando por alto el carácter de orden público de las legislaciones laborales en Latinoamérica, estas cartas someten el contrato de trabajo a una legislación extranjera y disponen que las controversias entre las partes serán dirimidas por tribunales o árbitros extranjeros (leyes y tribunales del país sede de la empresa de origen o de un tercer país), sin pasarse por las siguientes interrogantes:

- (i) ¿Es válida la escogencia de una ley extranjera para regir una prestación de servicios que ocurre en Venezuela?
- (ii) ¿Es válida la renuncia que efectúa el empleado de dirección a la jurisdicción de los tribunales venezolanos como foro competente para dirimir las controversias derivadas de la relación de trabajo?

Estas interrogantes suelen emerger con ocasión de la terminación de la relación de trabajo que es cuando se ponen a prueba la solidez del aparato de cláusulas contractuales que configuran los episodios de expatriación de los empleados de dirección. Y es aún más frecuente que surjan cuando la terminación del contrato de trabajo se produce en Venezuela, es decir antes de repatriado el trabajador a su país de origen.

Validez de la escogencia de ley efectuada por las partes

La Ley de Derecho Internacional Privado (“LDIP”)³¹ permite que las partes indiquen el derecho que rige las obligaciones convencionales; a falta de indicación válida la LDIP dispone que las obligaciones contractuales se rigen por el derecho con el cual se encuentran directamente vinculadas³².

³¹ Venezuela. Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Venezuela Nro. 36.511, del 6 de agosto de 1998.

³² Artículo 29 de la LDIP: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”. Artículo 30 eiusdem: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos

En materia laboral, ese derecho puede ser el del país donde se prestan los servicios, el lugar donde estos fueron contratados o el lugar donde está domiciliada la empresa contratante, dependiendo de las circunstancias que rodean la relación de trabajo.

A diferencia del método que utiliza la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para resolver los conflictos de jurisdicción que suscitan las relaciones de trabajo con elementos de extranjería (véase *infra*), la Sala Social suele prescindir de los elementos del derecho internacional privado y aplicar en forma tajante los principios contenidos en el artículo 3 de la Ley del Trabajo³³.

Bajo la óptica de la Sala Social, la elección de las partes del derecho extranjero del país de origen (o país de contratación) como regulador del episodio de expatriación del trabajador de dirección no resultará válida, pues la ley venezolana es de orden público y de aplicación territorial³⁴.

y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.”

³³ El artículo 3 de la LOTTT establece: “*Ámbito de aplicación. Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y de las 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.*”

³⁴ Ver sentencias: Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 0112 del 16 de marzo del año 2015, caso: “Eric Gerardo Cedeño vs. Boc Gases de Venezuela, C.A, sucursal en la República Bolivariana de Venezuela de la empresa The Boc Group, INC., y Compañía Hidrógeno de Paraguaná Limitada, sucursal en la República Bolivariana de Venezuela de la empresa The Hidrogen Company Of Paraguaná Limited)”. Disponible en: historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/175438-0112-16315-2015-11-1515.HTML, consultado en fecha 7 de agosto de 2022; Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 562 del 29 de abril del año 2008. Caso: “Sam Kobeissi vs. Tuboscope Brandt de Venezuela, C”, Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0562-290408-071572.HTM>, consultado en fecha 7 de agosto; Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 065 del 7 de febrero de 2012, caso “Yiu Lee vs.Citic International Contracting, Inc.” Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00065-7212-2012-2012-0020.HTML>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022.

Consideramos que esta interdicción para que las partes puedan escoger el derecho aplicable al contrato de trabajo carece de fundamento en el caso de los empleados de dirección; y menos aún en el caso de los empleados de dirección que son expatriados de carrera y cuya alta calificación profesional y nivel de ingresos los sitúan en una posición de relativa igualdad con el empleador para discernir las ventajas y desventajas implícitas en la escogencia de una determinada legislación y un foro para resolver las controversias derivadas del contrato.³⁵

Esta limitación para escoger la ley aplicable resulta particularmente contraproducente en los casos de los expatriados de carrera con un patrón unitario de expatriación. Estos expatriados mantienen un estrecho vínculo con la casa matriz. De ella reciben su retribución y el grueso de su remuneración y protección social además de las instrucciones y están sujetos a las políticas y normativas globales del grupo empresarial multinacional. Su presencia en una determinada jurisdicción es algo circunstancial y mudable. También resulta contraproducente en el caso de los empleados que son desplazados temporalmente al país bajo la figura del “*posting*” (asignaciones de seis meses a un año).

Huelga decir que los empleados de dirección expatriados que vienen a Venezuela disfrutan en la inmensa mayoría de los casos de unas condiciones laborales que en, en su conjunto, superan a las establecidas en la ley laboral venezolana y a las que prevalecen en el mercado local. Condiciones que fueron pactadas bajo la premisa de que la legislación laboral venezolana no se aplicaría de forma concurrente con el derecho extranjero.

Privar a estos empleados de la capacidad para escoger el derecho extranjero para regir su relación es un contrasentido sobre todo cuando esa escogencia es reconciliable con el derecho mínimo necesario que debe aplicarse en Venezuela por motivos de orden público.

En efecto, con abstracción de la elección de las partes de un derecho extranjero para regir la relación, estimamos que las normas de orden público venezolanas aplicables deben reducirse a los derechos laborales mínimos y esenciales del trabajador: el salario mínimo; la normativa en materia de seguridad

³⁵ Para una argumentación extensa y sólida de por qué la escogencia de ley efectuada por los empleados de dirección internacionales debe ser válida, véase Andrés Carrasquero, *Trabajadores con elevado poder de negociación y derecho aplicable a sus contratos: no se justifica restricción a la autonomía de las partes*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020, p. 45. El autor descubre un Proyecto de Reglamento de la Comunidad Europea de 1972 sobre conflictos de leyes para relaciones de trabajo que contiene una prohibición a la autonomía de voluntad de las partes en la escogencia del derecho aplicable, pero consagra algunas importantes excepciones: la de los trabajadores con funciones gerenciales o de asesoría y la de los trabajadores con alto grado de especialización. Según Carrasquero, en el memorándum explicativo del proyecto se argumenta que este tipo de trabajadores no requiere de la rigurosa protección que se les brinda a los trabajadores ordinarios.

y salud laboral; las normas que regulan la protección de personas embarazadas, niños y adolescentes e incapacitados; la igualdad y no discriminación en el empleo. Más allá de este núcleo fundamental de protección, pensamos que son disponibles las normas en materia de prestaciones y beneficios de la relación laboral, así como aquellas que definen los conceptos que forman o no parte del salario, máxime cuando las condiciones del empleado de dirección expatriado son en su conjunto más favorables que las normas nacionales o contienen beneficios que son el equivalente funcional de institutos nacionales, algo que el solo puede y debe juzgar. Por ejemplo, si expatriado está incluido en el programa internacional de bonificaciones o en un programa de opciones sobre acciones que premia su desempeño individual y los resultados arrojados por la operación, este beneficio sustituye claramente las utilidades; si el empleador cuenta con un plan de ahorro y un plan de retiro esta estipulación reemplaza el régimen de prestaciones sociales. También son disponibles las normas que tienen que ver con la jornada, el tiempo de trabajo y las vacaciones anuales debido a las altas responsabilidades exigencia y compensación del empleado de dirección expatriado. Lo mismo es predicable con respecto al despido y las prohibiciones de concurrencia, una vez finalizada la relación de trabajo.

Validez del sometimiento a una jurisdicción extranjera de las controversias con ocasión del contrato de trabajo de dirección

Los contratos de trabajo de los empleados de dirección expatriados con destino en Venezuela suelen contener una cláusula de elección de foro en el que ambas partes se someten a una jurisdicción extranjera para resolver las controversias derivadas del contrato. El foro extranjero elegido es generalmente el del domicilio de la casa matriz, aunque hay casos donde se escoge una jurisdicción de un tercer estado cuya vinculación con la relación contractual y con el conflicto es bastante tenue³⁶.

Recordemos que además del contrato antes mencionado suele celebrarse un contrato de trabajo entre la subsidiaria o sucursal de la empresa extranjera domiciliada en Venezuela y el trabajador para meros fines de obtención de una visa de trabajo. Si bien las partes en este último contrato acostumbran a ratificar la elección de foro extranjero contenida en la carta-oferta, nos hemos topado con casos donde el contrato local queda sometido -por descuido de los redactores- a las leyes y tribunales venezolanos, lo cual entra en contradicción con la jurisdicción elegida en el primer contrato y pone en tela de juicio la sumisión a la jurisdicción extranjera.

³⁶ Por ejemplo, hemos encontrado cartas-ofertas que someten a la jurisdicción de las Islas Vírgenes Británicas un contrato celebrado entre una empresa norteamericana o francesa y un empleado de dirección destinado a Venezuela.

No obstante, aun cuando las partes se sometan en forma expresa e inequívoca una jurisdicción extranjera, cabe preguntarse si por tratarse de una materia laboral dicha elección resulta válida para el ordenamiento legal venezolano.

Para resolver los conflictos jurisdiccionales entre varios estados, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha recurrido acertadamente al artículo 1 de la LDIP³⁷. Norma esta que también resulta aplicable según la Sala cuando una relación de trabajo tenga otros elementos de extranjería como lo son: que las partes tengan distinta nacionalidad o domicilios en distintos estados; los contratos se celebren en un estado, pero deban cumplirse en otros; cuando las partes sean de un mismo estado, pero celebren el contrato en un tercer país³⁸.

Cuando el conflicto jurisdiccional se suscita entre varios Estados que han ratificado el Código Bustamante³⁹, éste resulta el tratado internacional aplicable para dilucidar si la sumisión a la jurisdicción extranjera es o no válida⁴⁰. En tal sentido, el artículo 318 dicho Código establece lo siguiente: “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, *aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente*, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario”.

³⁷ Artículo 1 de la LDIP: “*Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados*”.

³⁸ Curiosamente, cuando se trata un conflicto por la ley aplicable a una relación laboral con elementos de extranjería, es decir, conectada con varios ordenamientos jurídicos, la SCS del TSJ no suele acudir al derecho internacional privado para dirimir el conflicto, limitándose a aplicar el artículo 3 de la LOTTT).

³⁹ La Convención Sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) fue adoptado el 20 de febrero de 1928 en la 6ª Conferencia Internacional Americana. Este Convenio fue suscrito por: Argentina (1928), Colombia (1928), México (1928), Paraguay (1928) y Uruguay (1928); y depositados y ratificados por: Bahamas (2017), Bolivia (1932), Brasil (1929), Chile (1933), Costa Rica (1930), Cuba (1928), Ecuador (1933), El Salvador (1931), Guatemala (1929), Haití (1930), Honduras (1930), Nicaragua (1930), Panamá (1928), Perú (1929), República Dominicana (1929), y Venezuela (1932).

⁴⁰ En estos casos, no se aplica el artículo 47 de la Ley de DIP, la cual, en virtud del orden de prelación de las fuentes, sólo resulta aplicable en ausencia de un tratado entre los Estados que se plantea el conflicto jurisdiccional.

La exigencia de que una de las partes sea nacional o esté domiciliada en el Estado al cual las partes hayan decidido someterse para resolver sus disputas busca evitar según la doctrina más autorizada el fraude o la mala fe garantizando un vínculo entre el problema judicial planteado y la autoridad llamado a decidirlo⁴¹. Esta exigencia es importante pues no resultaría válido, por ejemplo, que en un contrato de trabajo celebrado entre una empresa domiciliada en Colombia y un trabajador peruano, cuya ejecución se hace en territorio venezolano, las partes acordaran someterse a la jurisdicción chilena.

Con respecto a la frase “*salvo el derecho local contrario*”, nos explica la doctrina, la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia considera que dicha frase se refiere a aquellos casos en los cuales la legislación interna determina que la jurisdicción venezolana es excluyente, estableciendo que *en materia laboral no existe norma alguna que impida el funcionamiento de los criterios atributivos de competencia contenidos en el Código Bustamante, pues la única norma que se refiere a la aplicación imperativa de la legislación laboral es el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo* (actual artículo 3 de la Ley del Trabajo) *disposición referida al derecho aplicable y no a la jurisdicción*.⁴²

Ahora bien, si el conflicto jurisdiccional de índole laboral se plantea entre Estados que no han ratificado el Código Bustamante, debe acudirse a lo dispuesto por las normas de derecho internacional privado venezolanas, en particular al artículo 47 de la LDIP. Situación esta que se plantea con mayor frecuencia en materia de contratos de trabajo internacionales pues ni los Estados Unidos, ni los países europeos o asiáticos, han celebrado tratados internacionales con Venezuela para delimitar los conflictos de jurisdicción.

En efecto, el artículo 47 de la LDIP⁴³ dispone que la jurisdicción de los tribunales venezolanos no puede ser derogada convencionalmente a favor de

⁴¹ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado*, Tomo III, 3° ed., Cultural, S.A, La Habana, 1947, p. 86, citado por Claudia Madrid en “Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de derecho internacional privado”, Serie Estudios 88, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010.

⁴² Claudia Madrid Martínez, *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 99 y ss. Disponible en <http://catedradipr.org/diprwp/wp-content/uploads/2015/11/Relaciones-de-las-empresas-con-sus-pares.-Contratos-internacionales.pdf> . Consultado en fecha 21 de julio de 2022.

⁴³ Artículo 47 de la LDIP: “*La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o*

tribunales extranjeros cuando se trate de “*materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano*”. ¿Es la laboral una de esas materias? ¿Ha contemplado el legislador un supuesto de jurisdicción exclusiva de los tribunales laborales venezolanos?

La jurisprudencia en materia de derogabilidad de la jurisdicción laboral venezolana ha fluctuado en el tiempo. Mientras una línea de decisiones sostuvo que no era posible derogar la jurisdicción de los tribunales laborales venezolanos por ser la materia laboral de orden público⁴⁴, otra línea de casos más reciente parece avalar la validez de dicha derogatoria por vía convencional⁴⁵. Desafortunadamente, las sentencias que afirman que es posible derogar convencionalmente la jurisdicción de los tribunales laborales venezolanos no contienen fundamentación alguna de por qué consideran a la materia laboral al margen de los “principios esenciales del orden público venezolano”.

Si bien la Constitución y la Ley del Trabajo disponen que los derechos laborales son irrenunciables, tal y como dispone numeral 2° del artículo 89 de la

se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

⁴⁴ Ver sentencias: Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 249 del 14 de febrero de 2014, caso “Arturo Casado Salicetti vs. Leo Burnett-Venezuela, C.A”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00249-14207-2007-2007-0050.HTML>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022; Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 065 del 7 de febrero de 2012, caso “Yiu Lee vs. Citic International Contracting, Inc.” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00065-7212-2012-2012-0020.HTML>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022.

⁴⁵ Ver sentencias: Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1114 del 23 de julio de 2014, caso: “Pablo Enrique Salas Pérez vs. Control Components INC”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/167096-01114-23714-2014-2013-0757.HTML>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022; Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°1395 del 7 de diciembre de 2017. Caso: “Álvaro Rubén González Almeida vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y solidariamente contra la empresa Bernhard Schulte Shipmanagement (Cyprus) Limited”; Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 648 del 28 de junio de 2016, caso: *Jean-Louis Martin Vs. ECF Company, C.A.* Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/188548-00648-28616-2016-2013-0292.HTML>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022. Respecto a ésta última decisión la Sala Político Administrativa confirma la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer de la causa, y lo hace haciendo valer una cláusula de elección de foro (las partes acordaron expresamente someterse a la jurisdicción venezolana, aunque la firma del contrato y prestación de servicios se llevó a cabo en Chile).

Constitución⁴⁶, así como el numeral 4° del artículo 18 y el artículo 19 de la Ley del Trabajo⁴⁷, no es menos cierto que es posible celebrar transacciones al término de la relación laboral. De forma tal que no puede afirmarse que en materia laboral “no cabe transacción” sino que la misma está sujeta a ciertas condiciones y requisitos.

Por otra parte, aseverar que todas las disposiciones de la legislación laboral venezolana son de orden público es desconocer la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha categorizado las normas laborales en normas absolutas o de derecho necesario absoluto y normas imperativas relativas o de derecho necesario relativo –disponibles- que permiten pactos siempre que se realice el objetivo de la norma⁴⁸, considerando que el orden público laboral se limita a las primeras.

Dependiendo pues de la noción más o menos amplia que se tenga de orden público laboral variará la conclusión con respecto a la posibilidad de someter a una jurisdicción extranjera la resolución de los conflictos laborales conectados con el ordenamiento jurídico venezolano.

Lo que no cabe duda, una vez más, es que el empleado de dirección se encuentra en una posición de equivalencia con respecto al empleador en materia de poder de negociación que hace redundante la protección de una legislación laboral diseñada para casos de trabajadores con alto grado de subordinación, dependencia económica y un nivel de instrucción menor.

⁴⁶ Sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales establece el numeral 2° del artículo 89 de la Constitución dispone lo siguiente “(...) 2. *Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.*”

⁴⁷ En este sentido, el numeral 4° del artículo 18 de la LOTTT: “(...) 4.- *Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique la renuncia o menoscabo de estos derechos. Asimismo, el artículo 19 ejusdem establece: “Irrenunciabilidad de los derechos laborales. En ningún caso serán renunciables los derechos contenidos en las normas y disposiciones de cualquier naturaleza y jerarquía que favorezcan a los trabajadores y a las trabajadoras. Las transacciones y convenimientos sólo podrán realizarse al término de la relación laboral y siempre que versen sobre derechos litigiosos, dudosos o discutidos, consten por escrito y contengan una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos...”*”.

⁴⁸ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°1209 del 31 de julio de 2006, caso: “Lisandro Antonio García Armas vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE)”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/1209-310706-06257.HTM>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022.

Por tanto, en nuestro criterio, los empleados de dirección deben estar también en capacidad de escoger la jurisdicción que consideren más apropiada para la resolución de las disputas con los empleadores, incluyendo desde luego una jurisdicción arbitral.

IX. Hacia un replanteamiento de la regulación del trabajador de dirección

A lo largo de estas líneas, esperamos haber demostrado que el trabajador de dirección amerita una regulación especial distinta a la de los trabajadores ordinarios. Aunque parezca una contradicción en los términos, la regulación del trabajador de dirección debe estar presidida por la desregulación: permitir que las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten todo lo relativo a sus derechos y obligaciones y a las vicisitudes de la relación de trabajo (suspensión, extinción), incluyendo la ley aplicable y la jurisdicción a la que desean sujetarse, asumiendo la regulación legal un carácter supletorio de mínimos, a falta de pacto de las partes.

El derecho comparado ha avanzado en esta dirección. En Brasil, por ejemplo, se permite que los empleadores pacten libremente las condiciones de trabajo con aquellos empleados que tengan titulación de educación superior y un nivel de ingreso mensual equivalente al doble del salario tope de cotización (R\$ 14.174.44; US\$ 2.630 a la tasa vigente al 19-07-22), empleados que son catalogados como “*hipersuficientes*” (tienen una capacidad de negociación más que suficiente para justificar una amplia libertad de contratación sin interferencias del Estado). Como puede verse, la ley brasileña permite a los titulados universitarios con un nivel de ingresos medio-alto pactar libremente las condiciones de trabajo con el empleador, sean o no calificables como empleados de dirección. La idea que subyace a esta fórmula no es para nada ajena al ordenamiento venezolano que, antes de 2004, excluía, al menos de la inamovilidad laboral, a los empleados de dirección y confianza y *a los que devengarán más de tres salarios mínimos*.⁴⁹ Esta fórmula tiene además la atractiva ventaja de ser objetiva pues la hipersuficiencia y la libertad de pactos que lleva aparejada se determina en función de un criterio objetivo como lo es el nivel de ingresos del empleado.

En Colombia, los trabajadores que devenguen más de 13 salarios mínimos legales mensuales vigentes (COP\$13.000.000; USD\$2.900 al cambio vigente para el 19-07-22) pueden pactar con el empleador un salario integral, esto es, son tratados como hipersuficientes para convenir en la estructura de su remuneración. El salario integral es aquél que además de retribuir el trabajo ordinario, compensa *de antemano* el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros

⁴⁹ Venezuela. Decreto N° 2.271, publicado en Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Venezuela No. 37.608, del 13 de enero de 2003.

en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones. Se trata de una versión mejorada del salario paquetizado venezolano, fruto de la creación jurisprudencial. Al igual que en Colombia, el ordenamiento peruano autoriza a aquellos empleados que devenguen más de dos unidades tributarias (US\$ 2300 al 19-07-2022) a pactar una remuneración anual en el que queden incluidos de una vez todos los beneficios, complementos y prestaciones de ley. Estas opciones otorgan al empleador una mayor certeza sobre los costos laborales.

En España, los altos directivos -en la acepción restringida que tiene esta categoría en el derecho español- gozan también de una gran autonomía para pactar sus condiciones de trabajo con el empleador, siendo la ley especial de la materia de aplicación supletoria.

La jurisprudencia laboral venezolana viene por su parte excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas que ocupan los órganos de administración de las sociedades, en especial a los directores plenipotenciarios y a los que aportan su trabajo como accionistas.

La idea de que “un traje sirve para todas las tallas” (una misma regulación laboral para relaciones de prestación de servicios disímiles) está en franco descrédito y está siendo sustituida por dos tendencias: “diferentes derechos para diferentes trabajadores” y una legislación laboral más principista. “En estos tiempos, la idea de tener diferentes derechos para diferentes trabajadores parece más realista y prometedora”⁵⁰.

La eliminación de la categoría de los trabajadores de confianza en la ley del 2012 y la extensión de la inamovilidad a esta categoría de trabajadores supuso un retroceso. Aunque el régimen de los empleados de confianza no tiene que asimilarse a los de dirección es evidente que limitar severamente -y encarecer el despido- de un trabajador de confianza atenta contra la libertad de organización y dirección de la empresa.

Por todo lo anterior, sería aconsejable que en Venezuela se dictara una regulación específica sobre el trabajador de dirección. Bien a través de la inclusión de un nuevo capítulo en la Ley del Trabajo regulando esta modalidad especial de trabajadores *hipersuficientes*. O bien dictando una ley especial. En ambos casos, el texto debe ser escueto pues de lo que se trata es de dar cabida a la autonomía de voluntad de las partes que, en el fondo, es la forma más acabada de descentralizar el poder y la toma de decisiones para construir soluciones a la medida de los intereses y aspiraciones de las personas.

⁵⁰ Ver Victorino Márquez Ferrer, “Diferentes derechos para diferentes trabajadores conductores y repartidores contratados a través de aplicaciones”, en *Régimen jurídico del trabajo. La otra mirada*, Serie estudios 122, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. pp. 165-193. Disponible en: <http://acienvpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/L-4205/L-4205.pdf>, consultado en fecha 31 de julio de 2022.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEBCHUK, Lucian y FRIED, Jesse, *Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2004.

DÍAZ-CANEJA, Ana Matorras, “La expatriación de trabajadores aproximación conceptual y aspectos jurídicos-laborales críticos”, en *Revista del Ministerio del Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio del Trabajo*, Migraciones y Seguridad Social, Nro. 105, España, 2013.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “La empresa y sus negocios de carácter internacional”, en *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, 2011. Disponible en <http://catedradipr.org/diprwp/wp-content/uploads/2015/11/Relaciones-de-las-empresas-con-sus-pares.-Contratos-internacionales.pdf>, consultado el 21 de julio de 2022.

_____, *Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de derecho internacional privado*, Serie Estudios 88, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010.

MÁRQUEZ FERRER, Victorino, *Estudios sobre la relación de trabajo: administradores sociales, trabajadores de dirección, agentes concesionarios, franquicias y productores de seguros*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.

_____, “Diferentes derechos para diferentes trabajadores conductores y repartidores contratados a través de aplicaciones”, en *Régimen jurídico del trabajo. La otra mirada*, Serie estudios 122, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. Disponible en: <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/L-4205/L-4205.pdf>, consultado en fecha 31 de julio de 2022

MENESSINI, Dinorat y TOVAR, Willmer, “Comisión de Desarrollo Social aprueba en primera discusión leyes especiales de LOTT”, *Asamblea Nacional*. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/comision-de-desarrollo-social-aprueba-en-primera-discusion-leyes-especiales-de-lott>. Consultado en fecha 7 de agosto de 2022.

Ministerio del Trabajo, Dictámenes de la consultoría jurídica, Ministerio del Trabajo 1994-1995, Venezuela, 1996.

MOYA CASTILLA, José Manuel y POSE VIDAL, Sara Pose, *El régimen jurídico-laboral de los altos directivos*, Praxis, Barcelona, 1998.

RAMÍREZ & GARAY, *Jurisprudencia venezolana*, Tomo CI, Cuarto Trimestre, 1987.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°301 del 27 de febrero de 2007, caso: “Adriana Vigilancia y Carlos Vecchio”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/301-270207-01-2862.HTM>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022

_____ sentencia N° 1848 del 1 de diciembre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1848-11211-2011-10-1028.HTML>, consultado en fecha 22 de julio de 2022.

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°542 del 18 de diciembre del 2000 de la Sala de Casación Social, en el caso “José Rafael Fernández Alfonzo vs. I.B.M. de Venezuela”. Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/A542-181200-99398.HTM consultado en fecha 17 de julio de 2022

_____sentencia N°294 del 13 de noviembre de 2001, caso “Juan Carlos Hernández Gutiérrez vs. Foster Wheeler Caribe Corporation, C.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/noviembre/C294-131101-01320.HTM>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

_____ sentencia N° 1633 del 14 de diciembre de 2004, caso “Enrique Emilio Álvarez Centeno vs. Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A.,” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/diciembre/1633-141204-041213.HTM>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022

_____ sentencia N° 192 del 17 de marzo de 2005, caso “Carlos V. Sánchez vs. Universal Music de Venezuela, S.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/0192-170305-04942.HTM>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

_____ sentencia N° 1209 del 31 de julio de 2006, caso: “Lisandro Antonio García Armas vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE)”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/1209-310706-06257.HTM>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022

_____ sentencia N° 1216 del 3 de agosto de 2006, caso “Jesús Machado Montiel vs. sociedad mercantil Estireno del Zulia, C.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/agosto/1216-030806-06499.HTM>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

_____ sentencia N° 1866 del 18 de septiembre de 2007, caso “Ivonne Sonsire Pargas vs. Hidro Agri Venezuela, C.A.” Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/septiembre/1866-180907-061473.HTM>, consultado en fecha 17 de julio de 2022

_____ sentencia N° 1975 del 4 de octubre de 2007, caso Frederick Pierru contra Schlumberger Venezuela, S.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1975-041007-07456.HTM> consultando en fecha 9 de agosto de 2022.

_____ sentencia N° 562 del 29 de abril del año 2008. Caso: “Sam Kobeissi vs. Tuboscope Brandt de Venezuela, C”, Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0562-290408-071572.HTM>, consultado en fecha 7 de agosto

_____ sentencia N° 1870 del 25 de noviembre de 2008, caso “Miryan del Carmen Madriz de Lucena vs. Centro Clínica La Isabelica, C.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/1870-251108-2008-07-2090.HTML>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

_____ sentencia N° 0437 del 11 de mayo de 2010, caso “Manuel Yáñez Fernández vs. Empresa de Inspección y Control de Venezuela, C.A. (EICV).” Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/mayo/0437-11510-2010-08-2000.HTML>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

_____ sentencia N° 1246 del 8 de noviembre de 2010, caso “Luis Felipe Natera Amundaraín vs. PDVSA Petróleo, S.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/1246-81110-2010-09-1527.HTML>;

_____ sentencia N° 1354 del 4 de diciembre de 2012, “caso Giovanni Bonici vs. Industria Láctea Venezolana C.A. (INDULAC).” Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/diciembre/1354-41212-2012-11-197.HTML>. Consultado en fecha 7 de agosto de 2022

_____ sentencia N° 0222 del 26 de abril de 2013, caso “Fernando Guillermo Reyes vs. Compañía Brahma Venezuela, S.A.” Disponible en: historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/abril/0222-26413-2013-10-1372.HTML

_____ sentencia N° 0112 del 16 de marzo del año 2015, caso: “Eric Gerardo Cedeño vs. Boc Gases de Venezuela, C.A, sucursal en la República Bolivariana de Venezuela de la empresa The Boc Group, INC., y Compañía Hidrógeno de Paraguaná Limitada, sucursal en la República Bolivariana de Venezuela de la empresa The Hidrogen Company Of Paraguaná Limited)”. Disponible en: historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/marzo/175438-0112-16315-2015-11-1515.HTML Consultado en fecha 7 de agosto de 2022

_____ sentencia N°450 del 4 de junio de 2018, caso “Rafael Ramón Piñero Montero vs. Bohai Drilling Service Venezuela, S.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/211935-0450-4618-2018-17-786.HTML>, con-sultado en fecha 17 de julio de 2022.

Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sentencia N° 206/2022 del 9 de marzo de 2022, caso “D. Evaristo vs. Cerquia Technology Logistics, S.L.” Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9907366/competencia/20220328>, consultado en fecha 16 de julio de 2022.

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°065 del 7 de febrero de 2012, caso “Yiu Lee vs. Citic International Contracting, Inc.” Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00065-7212-2012-2012-0020.HTML>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022.

_____ sentencia N° 249 del 14 de febrero de 2014, caso “Arturo Casado Salicetti vs. Leo Burnett-Venezuela, C.A”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00249-14207-2007-2007-0050.HTML>. Consultado en fecha 7 de agosto de 2022;

_____ sentencia N° 1114 del 23 de julio de 2014, caso: “Pablo Enrique Salas Pérez vs. Control Components INC”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/167096-01114-23714-2014-2013-0757.HTML>. Consultado en fecha 7 de agosto de 2022;

_____ sentencia N° 648 del 28 de junio de 2016, caso: “Jean-Louis Martin Vs. ECF Company, C.A.” Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/188548-00648-28616-2016-2013-0292.HTML>, consultado en fecha 7 de agosto de 2022.

_____ sentencia N° 1395 del 7 de diciembre de 2017. Caso: “Álvaro Rubén González Almeida vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y solidariamente contra la empresa Bernhard Schulte Shipmanagement (Cyprus) Limited.”

Venezuela. Decreto N° 2.271, publicado en Gaceta Oficial Ordinaria de la República de Venezuela No. 37.608, del 13 de enero de 2003.

TEMAS VARIOS

LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO MARÍTIMO. LA LABOR REALIZADA POR EL COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL (CMI), EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM) Y LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO MARÍTIMO (AVDM) (CMV)*

*Luis Cova Arria***

SUMARIO

I. Preámbulo. II. La unificación del Derecho Marítimo. III. La labor del Comité Marítimo Internacional (CMI). IV. La labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM): La Ley Modelo. V. La labor de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM) (AVDM): El PLONCA. VI. Conclusiones.

* Trabajo para el libro homenaje al Dr. Humberto Romero Muci.

** Abogado, *magna cum laude* (U.C.V). Doctor en Derecho (U.C.V). Master en Comparative Jurisprudence (New York University), Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y ex presidente de la misma, ex Consejero Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro Ejecutivo de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC). Ex Director del Centro de Arbitraje Marítimo del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (CEAMAR). Coordinador y Profesor de la especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Ex-Presidente Fundador de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (Comité Marítimo Venezolano), Presidente del Comité Marítimo Mercantil de la Comisión redactora de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares y la adecuación de la Legislación Marítima a la Constitución de 1999 que redactó la vigente Ley de Comercio Marítimo venezolana. Ha publicado varios libros y artículos jurídicos especializados. Delegado por Venezuela a numerosas conferencias de los organismos de las Naciones Unidas y del Comité Marítimo Internacional. Conferencista y asistente a numerosos coloquios nacionales e internacionales. Autor de varias publicaciones.

I. Preámbulo

Me complace presentar esta contribución para el libro en homenaje al Dr. Humberto Romero-Muci, merecido reconocimiento a quien considero como un hijo.

A Humberto, lo conocí desde sus días de colegio en el Instituto Educacionales Asociados (IEA), cuando era compañero de estudios de mi hijo mayor, Luis.

En este mismo libro, se hace una biografía de su vida, especialmente de su destacada labor profesional y académica, solo destacaré que me siento muy complacido que se le rinda este merecido homenaje por su excelente labor, a quien actualmente además de Miembro de Número y ex-presidente de nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales, es un distinguido Profesor Titular y jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Contabilidad y Tributación en la Especialización y Maestría en Derecho Financiero en la misma universidad, y profesor en los cursos de doctorado en la Universidad Central de Venezuela.

En este artículo en su honor, trataré de mostrar la función unificadora del derecho marítimo de tres instituciones fundamentales en su desarrollo, el *Comité Marítimo Internacional (CMI)*, el *Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM)* y el *Comité Marítimo Venezolano (CMV)*, todas de gran arraigo internacional y nacional y que, desempeñan cada una en su esfera de acción un importantísimo papel en su unificación.

II. La unificación del Derecho Marítimo

La idea de lograr la uniformidad internacional del Derecho Marítimo ha estado presente desde épocas muy remotas. De ello dan fe las codificaciones medievales mediterráneas y nórdicas, y la jurisdicción especial reconocida en Inglaterra a la Corte del Almirantazgo, la cual no aplicaba la “*Common Law*” sino la “*Law of Merchant*”, cuya formación traslució claramente las exigencias de uniformidad del Derecho Marítimo y cuyo origen se basaba en el Derecho Romano.¹

Así, desde finales del siglo diecinueve comenzaron a tener gran auge las ideas de alcanzar la uniformidad internacional del Derecho Marítimo mediante la elaboración y adopción de convenios internacionales sobre cada uno de los institutos de la materia. Había también la pretensión de elaborar y proponer un Código Uniforme Internacional, pero, debido a la amplitud del espectro a tratar, esa idea fue desechada.

¹ Francesco Berlingieri, “El Comité Marítimo Internacional. Sus Orígenes, su Historia y su Futuro”, *Revista del Comité Marítimo Venezolano*, enero 1980, p. 11.

Teniendo, por ende, el derecho marítimo un eminente carácter internacional, como consecuencia del carácter internacional de la navegación misma, es imperativo y más aún en este mundo globalizado, la búsqueda de la actualización y unificación de las leyes nacionales, campo en el que debemos destacar la importante labor unificadora que han venido realizando desde el pasado siglo las organizaciones de las Naciones Unidas como la Organización Marítima Internacional (OMI), la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas (UNCTAD) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), a través de los convenios internacionales. En esta labor, también están activamente participando otras organizaciones internacionales que no son parte de las Naciones Unidas, como los Fondos Internacionales de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC), además de organizaciones internacionales privadas, entre las cuales, la más importante es el Comité Marítimo Internacional (CMI), pero a la cual debemos agregar y, es el objeto de este artículo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) y la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM).

III. La labor del Comité Marítimo Internacional (CMI)

El nacimiento del **CMI**, es obra de tres personas, Louis Franck, Charles Le Jeune y Auguste Beernaert, quienes el 29 de abril de 1896, constituyeron la Asociación Belga de Derecho Marítimo, la cual se proponía realizar la unificación del Derecho Marítimo, mediante la cooperación no solo de juristas, sino de economistas, armadores, aseguradores, agentes marítimos, liquidadores de avería gruesa, etc.

Estos visionarios del derecho marítimo moderno, junto con otras asociaciones nacionales de Derecho Marítimo que siguieron su ejemplo, lograron formalmente fundar el seis (6) de junio de 1897 en Amberes, (Bélgica), la más antigua organización internacional en el ámbito marítimo, el *Comité Marítimo Internacional (CMI)*, nombrando como su primer presidente a Auguste Beernaert, primer ministro belga, partidario del arbitraje internacional, quien recibió el Premio Nobel de la Paz de 1909, conjuntamente con el barón Paul d'Estournelles. En esa primera oportunidad se discutió el anteproyecto de una convención sobre la disciplina de la responsabilidad por abordaje en el mar.

El propósito inicial del *CMI* fue, y sigue siendo, la unificación del Derecho Marítimo Internacional. Hacia el logro de este propósito, los fundadores del CMI manifestaron que estaban interesados en recibir los aportes de toda la industria marítima, incluyendo operadores de buques, banqueros, aseguradores y liquidadores; no debía ser únicamente una organización de abogados. En el cumplimiento de tal aspiración, el *CMI* promueve la creación de asociaciones de derecho marítimo nacionales, así como también la cooperación con otras organizaciones internacionales.

Creado así el organismo internacional de carácter privado que, serviría de soporte a la pretendida uniformidad internacional, se hacía necesario establecer una manera de actuar, un método de trabajo para conseguir los objetivos, y dado que ese organismo internacional privado no tenía facultades ni poderes para por sí solo realizar y aprobar convenios internacionales, se apoyó en sus inicios en el gobierno belga, que como regente de un Estado soberano, sí podía convocar una conferencia internacional para discutir y aprobar un convenio internacional determinado. Entonces con vista a esa circunstancia y con la ayuda del Reino de Bélgica, el *CMI* se dedicó a elaborar proyectos de convenios internacionales y los cuales cada tres o cuatro años, sometía a la consideración del gobierno belga para que con su venia se procediese a convocar una conferencia diplomática internacional sobre un tema específico de Derecho Marítimo y empezar a hacer realidad la ansiada uniformidad internacional del Derecho Marítimo. Como podemos fácilmente apreciar, fue determinante la colaboración del Reino de Bélgica –como Estado soberano– para, a través del *CMI*, lograr los objetivos de la uniformidad en las primeras décadas del siglo XX.

En lo que se podría denominar como su primera etapa de funcionamiento, la preparación de los proyectos por parte del *CMI* tenía como base de acción su previa consideración en el llamado *BUREAU PERMANENT*, compuesto por delegados de las asociaciones nacionales de derecho marítimo. Lo destacable de la elaboración de los proyectos de convenciones internacionales en el seno del *CMI*, era que se trataba de proyectos donde no solo importaba el trabajo de los abogados maritimistas, sino que reflejaban también la experiencia y opinión de toda la gente vinculada directamente al mundo marítimo.

Entre las Convenciones Internacionales preparadas por el *CMI*, y que han tenido gran éxito por las numerosas ratificaciones que tuvieron en su momento, las llamadas en la doctrina “*Convenciones de Bruselas*”, podemos citar las siguientes: Convención del 23 de septiembre de 1910, sobre la Unificación de Algunas Reglas en Materia de Abordajes de Naves; la Convención del 23 de septiembre de 1910, para la Unificación de Algunas Reglas en Materia de Asistencia y Salvamento Marítimo, y la Convención del 10 de octubre de 1957 sobre la Limitación de Responsabilidad del Armador.

En una segunda etapa, y en virtud del papel protagónico que desempeñan, desde mediados del pasado siglo, las organizaciones internacionales oficiales lideradas por la Organización de Naciones Unidas (ONU), que han mostrado en ese transcurrir del tiempo un gran interés por la unificación del Derecho Marítimo, público y privado, el *CMI* paso a desempeñar con base a su experiencia y capacidad profesional un rol de asesoría y acompañamiento de esas organizaciones internacionales oficiales, especialmente de la Organización Marítima Internacional (OMI) y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNTAD.), en la elaboración de proyectos de convenciones internacionales.

Para construir una posición definitiva sobre un tema específico el *CMI* pone en práctica entre otras modalidades de trabajo, un ejercicio de derecho comparado consistente en la elaboración de unos cuestionarios sobre diversos temas de interés. El método funciona de la siguiente manera: Se encomienda a una persona o un grupo muy reducido de personas la preparación de una lista de preguntas sobre las dudas y problemas que ha suscitado una determinada institución marítima en las distintas jurisdicciones. El cuestionario es enviado a las asociaciones de derecho marítimo nacionales afiliadas, para que estas a su vez, lo distribuyan entre sus miembros, con el ánimo de recabar la mayor participación, para elaborar así una respuesta única por asociación nacional para ser remitida al *CMI*. Finalmente, el *CMI*, redacta un informe-resumen donde reproduce, si así lo estima conveniente, los casos resueltos por los diversos tribunales nacionales, a las cuestiones planteadas. Por ejemplo, entre muchas otras, dos instituciones que han sido examinadas empleando este método de los cuestionarios han sido: la prescripción de las acciones en derecho marítimo y los agentes marítimos, que rescata la evidente importancia de los intermediarios en el tráfico marítimo. Estos cuestionarios van entonces a reflejar el punto de vista de diversos sistemas jurídicos.

También, con base en esas respuestas, dependiendo de la complejidad del tema, el *CMI* en ocasiones si lo considera necesario, decide conformar un grupo especial de trabajo para decantar los pormenores del asunto planteado. Fruto de esa intensa labor, se discuten los temas ya examinados preliminarmente por las asociaciones nacionales y, en caso de haber consenso se procede a redactar el anteproyecto de convención, el cual si se aprueba, será posteriormente sometido a consideración de la Organización Marítima Internacional (OMI), como órgano de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con el objetivo de que se convoque una conferencia diplomática internacional de carácter oficial, donde se debe volver a discutir el anteproyecto de convención, y si es aprobado por los delegados de los países asistentes, queda transformado en Convención Internacional, cumpliéndose así el fin primordial de unificar el derecho marítimo.

Como lo afirmó el Dr. Francesco Berlingieri², el primer ejemplo de colaboración entre el *CMI* y las organizaciones de las Naciones Unidas tuvo lugar con motivo de la Conferencia de Bruselas de 1961 y de 1962, donde se examinaron la disciplina y la limitación de la responsabilidad de los operadores de naves nucleares. A tal conferencia fueron sometidos el proyecto elaborado por el *CMI*, en su conferencia de *Rijeka* de 1957, y el proyecto elaborado por la Asociación Internacional de Energía Atómica, los cuales constituyen la base de la convención del 25 de mayo de 1962.

² *Ibidem*, p. 16.

Destacadísima fue la intervención del *CMI* en la preparación de proyectos de convenciones internacionales, tales como el relativo al transporte de equipajes de pasajeros, el de privilegios e hipotecas y sobre la publicidad de los derechos sobre naves en construcción que culminaron en sendas convenciones internacionales.

Otro caso a resaltar de cooperación del *CMI* con las organizaciones internacionales, lo fue el relacionado con el proyecto de convención sobre la responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos. En efecto, a raíz del incidente del *B/T Torrey Canyon* en 1967, y a petición de la Organización Marítima Intergubernamental (IMCO) antecesora de la Organización Marítima Internacional (OMI), el *CMI* constituyó una comisión internacional propia para someter a estudio la disciplina uniforme de la responsabilidad por daños causados por la contaminación de hidrocarburos. Tal comisión, luego de un profundo examen del problema y la valoración de las alternativas que se plantearon con relación al régimen de la responsabilidad, su limitación y canalización sobre el armador, conjunta o disyuntivamente sobre el propietario de los hidrocarburos, preparó un proyecto de convención internacional que luego hizo llegar al entonces IMCO. Posteriormente, se convocó una Conferencia diplomática durante la cual, el proyecto una vez discutido, fue aprobado junto con el de la Convención sobre la Intervención preventiva de los Estados en caso de contaminación del mar por hidrocarburos.

Bajo ese esquema de trabajo se ha seguido desarrollando el *CMI*, para seguir haciendo lo que más les gusta, promover la unificación. Y para no desentonar en los tiempos tecnológicos que corren, a partir del año 1998 incorporó a su ámbito de acción las nuevas tecnologías de la comunicación e información. En ese sentido, la organización cuenta con una página web que permite acceder a una gran cantidad de documentación, como, por ejemplo, las Reglas del *CMI*, sobre cartas de porte (sea waybill), conocimiento de embarque (bill of lading) electrónicos, así como también a papeles de trabajo, respuestas de los cuestionarios, proyectos e información general de la organización.

Más recientemente, el *CMI* ha trabajado en la revisión de las Reglas de York-Amberes sobre avería Gruesa y ha tratado asuntos relacionados con los temas más apremiantes de la actualidad, constituyendo para ellos grupos de trabajos en áreas como: transporte de mercaderías (las Reglas de Rotterdam, Conocimiento de embarque electrónico), Lex Marítima, Polar Shipping, buques autónomos (MASS), piratería (*cybercrime*), finanzas, embargo de buques, arbitraje, lugares de refugio para buques en peligro, salvamento ambiental, venta judicial de buques, sociedades de clasificación, insolvencia, y el trato justo de las tripulaciones.

La importancia de la continua contribución del *CMI* para la unificación internacional del Derecho Marítimo, ha sido manifestada en reiteradas oportunidades por diversas autoridades internacionales. Siendo una organización privada extremadamente flexible, pero rigurosa en sus métodos y continua en sus procesos.

De allí que, por más de 120 años, el *CMI* ha demostrado que, aunque cediendo espacios, ha sabido adaptarse a las nuevas realidades y seguir brindando su experiencia, su dedicación y entusiasmo, en pro de la unificación del Derecho Marítimo.

Porque como bien afirma el profesor español Ignacio Arroyo³, no parece posible trazar regímenes jurídicos distintos para afrontar problemas idénticos: la contaminación, la protección del medio marino, la pesca, la exploración y explotación de los recursos vivos y minerales, la retirada o eliminación de los restos náufragos, no cambian a su paso por la frontera; las mismas necesidades existen por debajo que por encima del mar territorial. Donde termina la jurisdicción del Estado y empieza la libertad, persisten los mismos conflictos. Donde acaba el alto mar y empieza la soberanía, continúan los mismos problemas. ¿Por qué, entonces, buscar soluciones distintas para resolver cuestiones idénticas?

IV. La labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM): La Ley Modelo

La mayoría de las legislaciones marítimas de nuestros países iberoamericanos se encuentran en sus Códigos de Comercio, los cuales fueron redactados en el siglo XIX y se inspiraron indirectamente, en la Ordenanza francesa de Colbert de 1681, a través del Código Francés de 1808, por lo que encaran la regulación de la navegación y del tráfico por agua, tal como se practicaban en la época de la navegación a vela. Estos Códigos, promulgados cuando aparece la navegación a vapor, no contemplaron las nuevas características de las instituciones del derecho de la navegación, que fueron consecuencia de los adelantos técnicos de ese entonces y, por, sobre todo, posteriores.

Esa razón histórica, es el motivo por el cual, las leyes marítimas de muchos de nuestros países regulan una realidad muy distinta a la actual, la de la navegación a vela y del tráfico como se realizaba entonces, siendo una imperiosa necesidad actualizar esa legislación y contemplar las nuevas modalidades del transporte.

Por otra parte, lo que hace más grave el problema de la unificación de la legislación marítima iberoamericana es que muchos de nuestros países, ni siquiera son partes de los convenios internacionales del siglo pasado.

Es por ello que, en enero de 1980, el ya fallecido maritimista argentino, Dr. José Domingo Ray, y, quien esto escribe, presentamos una propuesta de “*Bases para un Código Marítimo Uniforme Iberoamericano*”, en el Seminario Internacional de Derecho Marítimo, organizado por la Asociación Venezolana de

³ Ignacio Arroyo., “El Derecho Marítimo. Derecho especial o derecho de la especialización”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, Volumen XIII, Eusko Jaurlaritza, 1994.

Derecho Marítimo (AVDM), nacido con el nombre de Comité Marítimo Venezolano (CMV), evento realizado con el auspicio del Comité Marítimo Internacional (CMI), en la Isla de Margarita, Venezuela.

Esa idea unificadora, permaneció latente y fue plasmada entre 1.981 y 1.983, en la XXXII Conferencia del CMI de Montreal; en el Seminario organizado en Lima por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo, y especialmente, en la llamada “Declaración de Lisboa”, suscrita el 24 de mayo de 1.985, por 27 miembros de 9 de las Asociaciones de Derecho Marítimo Iberoamericanas, durante la celebración de la XXXIII Conferencia del CMI, de Lisboa.

En esa declaración de Lisboa de 1985, se recomendaba a las asociaciones nacionales, miembros del CMI, la constitución de un organismo privado que las agrupara, con el objetivo principal de propender a la unificación de la legislación marítima iberoamericana.

Estas ideas, precursoras del **INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM)**, se concretó el 21 de Octubre de 1.987, cuando la misma se fundó en la localidad de Santa María de La Rábida, Huelva (España), primero con la denominación de **INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO**, constituyéndose en la primera y única organización de Derecho Marítimo existente en el ámbito geográfico y cultural de los países hispano-luso parlantes, asumiendo la misma, desde su fundación, como uno de sus objetivos principales, la tarea de la unificación de su derecho marítimo.

En efecto, los fundadores del IIDM, en aquella su constituyente y primera Asamblea de Sevilla, determinaron entre uno de sus objetivos básicos y directrices de desarrollo para el futuro, la promoción de la unificación legislativa marítima en dicha área, por lo cual en el artículo Primero de su Estatuto Constitutivo, después de señalar que el mismo constituye una Asociación de carácter Supranacional no Gubernamental, sin finalidad de lucro y por plazo indefinido, tiene como objetivo, entre otros, impulsar la uniformidad reguladora del Derecho Marítimo en el ámbito Iberoamericano, coordinando su labor con otros organismos regionales e internacionales sean privados, oficiales o dependientes de las Naciones Unidas.

A pesar de ese objetivo básico del Instituto, plasmado en su acta fundacional, sólo fue 25 años más tarde, durante su Congreso de Margarita, en Venezuela, celebrado en noviembre de 2005, que se designó una comisión especial, para iniciar las actividades y los procedimientos necesarios para redactar un primer borrador de un **Proyecto de Ley Modelo de Derecho Marítimo Iberoamericana**⁴.

⁴ El Consejo Directivo del IIDM, reunido en el seno de su X Congreso celebrado en la Isla de Margarita el 21 de noviembre de 2005, designó una comisión especial *ad-hoc*, conformada por Jorge Radovich por Argentina, Ricardo Rozas por Chile, el

En efecto, era evidente que aun cuando la ratificación de, o la adhesión a, los convenios internacionales marítimos, era y lo sigue siendo el método más recomendable para procurar la deseada unificación (o uniformidad) del derecho marítimo, existen otros métodos de unificación igualmente válidos, tales como las leyes modelo y la recopilación de los usos y costumbres marítimos internacionalmente aceptados.

En efecto, existen múltiples razones por las que un determinado país decida no acudir a la ratificación de, o la adhesión a, un convenio internacional, como, por ejemplo, porque no sea acorde con sus normas constitucionales o con sus políticas públicas en materia marítima, o porque contenga disposiciones que no se estimen convenientes para el país.

En estos casos, entonces, resultaba muy útil acudir a las leyes modelo y, es ella la razón para que dentro del IIDM, se propusiera la redacción de un proyecto de ley modelo Iberoamericana de derecho marítimo, como un instrumento de unificación del derecho marítimo de la región.

Con ello, no sólo se lograba la uniformidad internacional del derecho marítimo mediante la ratificación de convenios internacionales marítimos, que pasarían a formar parte del ordenamiento interno de cada país, o con la adopción dentro de su ordenamiento interno del texto de los mismos e incluso, por tener todavía legislaciones decimonónicas, calcadas –directa o indirectamente- del Código de Comercio Francés de 1808.

Si bien es cierto, que con la ayuda de los Convenios Internacionales Marítimos del CMI y de las organizaciones de las Naciones Unidas y de las reglas de uso uniforme, el antiguo Libro de nuestros decimonónicos Códigos de Comercio que regulaban o regulan el “*comercio marítimo*”, se han ido superando, en muchos de nuestros países, temas como el transporte bajo Conocimiento de Embarque, el régimen de Privilegios e Hipotecas, la liquidación de la Avería Gruesa, habiéndose perdido otros en el abismo de los tiempos (el Préstamo a la Gruesa), al mismo tiempo, en el mercado marítimo internacional ejercían (y ejercen) su imperio los modos contractuales y los formularios-tipo concebidos y desarrollados por la jurisprudencia y la práctica anglosajona, que someten a navieros y cargadores a las leyes y, con frecuencia, a la jurisdicción inglesa, pues, a pesar de haber dejado de ser el Reino Unido ya hace varias décadas su condición de única o casi única potencia de los mares, el derecho marítimo sigue teniendo una gran influencia del derecho inglés. De allí que las instituciones relativas a los contratos de utilización de los buques, el salvamento, los abordajes y el seguro

finado Francisco Goñi por España, Nelson Carreyó por Panamá, Ricardo Vigil por Perú, Alberto Lovera y el co-autor de este informe por Venezuela, Luis Cova Arria, a quien se le asignó la coordinación de esa Comisión Especial, con el encargo de llevar a cabo las actividades y procedimientos para redactar un primer borrador de ese Proyecto de Ley Modelo.

marítimo, entre otros, están altamente influenciados a la práctica y al derecho nacido del “*common law*” anglosajón. Por eso, se ha dicho con razón que el derecho de la navegación tiene una concepción inglesa en el ámbito internacional y en el interior de los países que comercian en él.

Pues bien, con esos antecedentes, las “*Bases para un Código Marítimo Uniforme Iberoamericano*”, de 1980, arriba mencionado, sirvieron de guía para preparar y hacer circular a mediados de 2006, un cuestionario entre los Vice-Presidentes del Instituto, lo cual permitió preparar para septiembre de ese mismo año, un cuadro comparativo, el cual fue reseñado, junto con los trabajos adelantados y las observaciones recibidas, en un informe presentado en el XI Congreso del IIDM de Santo Domingo, República Dominicana, celebrado en noviembre de 2006.

Luego, en la continuación de los trabajos de la Comisión Especial, en 2007 se presentó en Sevilla, España, con ocasión del XII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO, un “papel de trabajo” con el nombre de “*Proyecto de Ley Modelo Marítima Iberoamericana*”, ratificando así el consenso y la voluntad de proseguir con este ambicioso proyecto.

Ese Papel de Trabajo de Sevilla, permitió continuar con el proyecto de ley modelo, pues, además de su amplia circulación entre los miembros de la propia Comisión de la Ley Modelo, así como entre todos los miembros del IIDM, se le hicieron observaciones al mismo; observaciones que fueron recogidas para su discusión en febrero de 2012, con ocasión del XVI Congreso del IIDM, celebrado en Panamá, en el cual se incluyó un día completo para la discusión del Proyecto.

El esfuerzo que se hizo en Panamá, donde se trabajó, como hemos dicho en forma parcelada con vista al texto del Proyecto de Sevilla de 2007, logró que tuviésemos unas conclusiones y recomendaciones, presentadas por sus coordinadores, las cuales se han insertado en lo posible dentro del Proyecto de Ley Modelo.

De este modo se consolidó una nueva versión del Proyecto de Ley Modelo, que fue presentado en el Congreso del IIDM celebrado en Lisboa en el año 2014.

Entre las conclusiones y recomendaciones que fueron presentadas en el Congreso de Lisboa del IIDM, de 2014, se considera de mayor importancia la referente a la incorporación de una disposición transitoria, recomendando a los países del IIDM adoptar el capítulo redactado con base en las Reglas de Rotterdam, una vez éstas hayan entrado en vigencia, sin que el IIDM deje de seguir monitoreando el progreso de las mismas para informar a los países miembros de cualquier novedad al respecto.

Alternativamente, cada país está en libertad de adoptar dentro de su legislación interna el texto íntegro de las Reglas de Rotterdam, en la versión adaptada al formato de ley interna que se encuentra en el Capítulo III de la Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítimo, con el fin de dar aplicación al

régimen de este convenio independientemente de su vigencia internacional; de este modo, cuando el convenio entre en vigor en el futuro, no habrá solución de continuidad en la aplicación del régimen previamente incorporado a la legislación interna.

El trabajo de una comisión designada para la revisión y ajustes finales al Proyecto de Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítimo del IIDM, integrada por los profesores José Vicente Guzmán, Patricia Martínez de Fortoul y, quien esto reseña, presentó a la Asamblea General del Instituto, recientemente celebrada en Lima, Perú, en marzo de esta año, una revisión integral del proyecto de Ley Modelo y le introdujo algunos ajustes sobre su ámbito de aplicación, sus fuentes y sus normas de interpretación (art. 1º). Adicionalmente, el Capítulo III, relativo a las normas sobre el contrato de transporte de mercancías por mar, fue objeto de una revisión integral por parte del Profesor español Rafael Illescas, quien formuló unas recomendaciones que fueron adoptadas por la comisión e incorporadas al actual texto de la *Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítimo del IIDM*.

A propósito, la Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítimo excluye todos aquellos aspectos de Derecho Público de corte nacional difícil de unificar, aun cuando en algunas legislaciones adoptadas o propuestas por algunos de nuestros países iberoamericanos, se incluya su regulación. Así, por ejemplo, todo el tema del Derecho de Mar, contenido en la Convención sobre Derecho del Mar de Montego Bay de 1982, ratificada o incorporada a su legislación interna por la mayoría de nuestros países, no es tema de la Ley Modelo. Por esa misma razón, toda la regulación de la responsabilidad civil de los propietarios de buques tanqueros por los derrames de hidrocarburos persistentes, contenida en las Convenciones CLC y del Fondo, ratificados por muchos de nuestros países, tampoco forma parte del articulado de la Ley Modelo.

Esa Ley Modelo, encuentra su mayor razón en la necesidad y conveniencia de actualizar y uniformar la legislación marítima en cada uno de los países que componen el mundo iberoamericano, de modo que los mismos, ya en esta segunda década del siglo XXI, tengan una legislación uniforme y acorde con las nuevas tendencias del derecho de la navegación.

De allí, que la Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítimo es un método alternativo de unificación del derecho marítimo iberoamericano, sin perjuicio de que este instrumento pueda utilizarse en forma compatible con la ratificación, o la adhesión a, los convenios internacionales marítimos que cada país considere convenientes.

Es decir, si en determinada materia del derecho marítimo existe un convenio internacional y un país en particular prefiere, por razones propias de su autonomía y su soberanía, no ratificarlo o no adherir a él, encuentra en la Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítima un método novedoso y eficaz de unificación de la materia.

En ese sentido, la Ley Modelo presentada en Lima y publicada en la página web del IIDM, tiene una disposición transitoria, dada la situación de la no vigencia –actualmente– de las Reglas de Rotterdam, la cual es la recomendación a los países representados por los miembros del IIDM, de la adopción del Capítulo III del Título IV de la Ley Modelo, redactado con base a esas Reglas de Rotterdam, incorporándolo a su legislación interna, mientras estas reúnen el número de ratificaciones suficientes para su entrada en vigor internacional.

Por lo demás, ese Ley Modelo presentada al IIDM, como hemos dicho en su Asamblea de Lima, de marzo pasado, no es una propuesta estática, sino dinámica que, debe ajustarse a las propuestas de cambios que en cada una de las instituciones reguladas puedan aparecer en el futuro.

La Ley Modelo, no pretende su incorporación de forma incólume en los ordenamientos jurídicos, sino que se propone como el resultado del trabajo del IIDM en aras de uno de sus principales objetivos: la unificación del derecho marítimo en los países iberoamericanos.

Siendo un modelo legislativo, cada uno de los países iberoamericanos evaluará la conveniencia o no de adoptarlo, pudiendo en todo caso, efectuarle las enmiendas y adaptaciones que considere prudentes a los fines de promulgar una ley interna, manteniendo siempre el objetivo propuesto, esto es, la uniformidad, puesto que la misma se ha presentado no como una propuesta estática, sino dinámica que se ajustaría a las propuestas de cambios que en cada una de las instituciones reguladas puedan aparecer en el futuro.

A los fines de que a través de la página web del IIDM, se le hagan los comentarios u observaciones sobre su texto, por acuerdo antes de someterlo a la aprobación de la Asamblea General, se ha puesto a disposición de todos sus miembros la *Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítimo*, la cual, es, como hemos dicho, el producto de un trabajo de muchos años del IIDM.

V. La labor de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM) (AVDM): El PLONCA

Dentro de nuestras fronteras, el 23 de marzo de 1977 fue inscrita por ante la Oficina Subalterna del Tercer Circuito de Registro del Departamento Libertador del Distrito Federal, el Acta Constitutiva-Estatutaria del Comité Marítimo Venezolano (CMV), bajo la figura de sociedad civil sin fines de lucro. Con el objeto de desarrollar, promover y mejorar las leyes marítimas en Venezuela, así como crear foros para la discusión y consideración de los problemas que afectan al Derecho Marítimo, a su interpretación, y entrar en contacto con asociaciones afines nacionales y extranjeras en pro de la unificación.

Tengo el alto honor de contarme entre los que impulsamos la fundación de esta institución y, de haber ejercido su primera presidencia. El CMV, ahora Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM), tiene 45 años de fundada, mientras el CMI, 125 años desde la fecha de su fundación.

Como se puede observar, la *AVDM* persigue en el ámbito nacional los mismos objetivos del Comité Marítimo Internacional (*CMI*), que no es otra cosa que, en resumen, contribuir por medio de conferencias, publicaciones y cualquier otro medio pertinente, a la unificación internacional del Derecho Marítimo.

Bajo esas premisas la *AVDM*, ha trabajado de acuerdo a las directrices que fija su directiva, en concordancia con las finalidades y modalidades que a los efectos establece el *CMI*. En ese sentido, la *AVDM*, fomenta la adopción por parte de nuestro país de las convenciones internacionales que desde la creación del *CMI* se habían aprobado internacionalmente, de las cuales casi en su totalidad Venezuela hasta los umbrales del siglo XXI estuvo al margen.

El comienzo de su andadura, la *AVDM* fue muy auspiciosa, pues a partir de su admisión como miembro del *CMI* y en los dos primeros años de su funcionamiento comenzó a desarrollar una fructífera actividad mediante conferencias, jornadas científicas, eventos, foros, charlas con la finalidad de analizar temas relevantes en la actividad marítima tanto pública como privada, además de revisar las tendencias del Derecho Marítimo en el marco de la integración y globalización.

Entre otros muchos de esos eventos, podemos citar la realización del Seminario Internacional de Derecho Marítimo que tuvo lugar en la Isla de Margarita durante los primeros días de enero de 1980, evento además auspiciado por el mismo *CMI* y que contó con la destacada participación de quien para la fecha era el presidente del *CMI*, el ya fallecido profesor Francesco Berlingieri. Fue una gran jornada donde se pudieron exponer ampliamente temas del Derecho Marítimo tradicional junto con las visiones del ya llamado para esa época derecho marítimo moderno. Como se podrá observar, la función del *CMV* como asociación privada de derecho marítimo, no es otra que la de fomentar la adopción en nuestro país de las convenciones internacionales que desde la creación del *CMI* hasta la presente fecha se han aprobado o pueden aprobarse en el futuro.⁵

Muchos cambios han ocurrido en Venezuela desde que fundáramos el *CMV*, hoy *AVDM*, principalmente en materia de legislación marítima.

En efecto, podemos señalar que en parte fruto del trabajo previo llevado a cabo por la asociación, en materia legislativa se habían logrado cambios puntuales en lo que se refiere a temas netamente marítimos, y podemos citar en ese sentido, la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales de 1983 y la Ley de Navegación de 1998.

⁵ Constancia de esa exitosa experiencia y de los temas allí abordados la podemos encontrar en el tomo segundo de la Revista del Comité Marítimo Venezolano (agosto de 1982).

Pero lo que constituye un trabajo relevante y revolucionario que comenzó en el año 2000, viene a tener su cenit en octubre del año 2001 cuando fueron promulgados por el Ejecutivo Nacional y puestos en ejecución un conjunto de Decretos con Fuerza de Ley, casi todos luego transformados en leyes de la República, mediante los cuales Venezuela volvió a tener un derecho marítimo autónomo, separado del derecho mercantil, del cual había sido un apéndice desde que se promulgó nuestro primer Código de Comercio a mediados del siglo diecinueve.⁶

Antes de esa fecha, en Venezuela, tanto en el periodo colonial, como desde la independencia, a partir del 5 de julio de 1811, habían regido en nuestro mundo marítimo jurídico las Ordenanzas de Bilbao, aprobadas, y confirmadas por Felipe V en 1737, las cuales estuvieron en vigor y fueron Código de Comercio en más de diecinueve países de Iberoamérica, hasta bien entrado el siglo XIX, siendo de destacar la labor que en su aplicación cumplió la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas, fundada en 1728, institución mercantil que tuvo una auténtica fuerza y proyección como eje comercial de relación de la España peninsular con la España americana y, a través de la cual las ideas de los enciclopedistas franceses se transmitieron a las colonias americanas, sirviendo de semilla a nuestros libertadores para la emancipación de nuestros países de la corona española.⁷

A partir del 15 de febrero de 1873 y hasta el 30 de octubre de 2001, el Derecho Marítimo venezolano estuvo enmarcado en un libro de su Código de Comercio, Código que al igual que el del resto de los países iberoamericanos, estaba calcado del Código de Comercio francés de 1807, producto de la codificación napoleónica, el cual había incorporado en uno de sus libros la Ordenanza de Colbert o de Luis XIV, también llamadas Ordenanzas de la Marina Francesa de 1781, la cual regulaba en forma autónoma el derecho marítimo. De allí pues, que ese Código de Comercio Francés de 1807, así como los venezolanos de 1862 y 1873, acabaron con la autonomía del derecho marítimo y, no fue sino hasta el 30 de octubre de 2001 que el derecho marítimo venezolano recuperó su autonomía legislativa y jurisdiccional.

El antecedente inmediato para lograr esa actualización de nuestro derecho marítimo es lo que hemos denominado **PLONCA**, o sea el **“Proyecto de Ley Orgánica de la Navegación y del Comercio por Agua”**, cuya elaboración me

⁶ Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo; Decreto con Fuerza de Ley de los Espacios Acuáticos e Insulares; Decreto con Fuerza de Ley General de Marina y Actividades Conexas; Decreto con Fuerza de Ley de Zonas Costeras; Decreto con Fuerza de Ley General de Puertos; Decreto con Fuerza de Ley de Procedimientos Marítimos; Decreto con Fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura.

⁷ Luis Cova Arria, “Génesis y Desarrollo del Derecho de la Navegación en Venezuela”, en *Libro Conmemorativo X años de Legislación Acuática Venezolana*, Legis, Caracas, 2001, pp. 254-289.

encomendara, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, a mediados de los años 80 del siglo próximo pasado, con la intención de sustituir al Libro II del Código de Comercio.⁸

Sin embargo, para situarnos en contexto y comprender los hechos en su justa dimensión, debemos repasar los antecedentes de esa legislación especial marítima que se pretendía cambiar.

En el Año 1980, el antiguo Congreso Nacional de la República, solicitó al Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, su colaboración para un proyecto de reforma integral del Código de Comercio, dada la necesidad de actualizar sus vetustas normas. Para ese fin, el Instituto conformó diversas comisiones, según las diversas materias que regula el Código de Comercio, de modo de ir elaborando leyes especiales que sustituyeran los distintos libros y títulos del Código de Comercio.

Así, en mi condición de Profesor de la materia “*Derecho Marítimo*” que se dictaba para aquel tiempo como parte del curso de Especialización en “*Derecho Mercantil*”, de los Cursos de Post-Grado de la citada Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, se me solicitó a mediados de los años 80 del pasado siglo, la redacción y coordinación de un proyecto de Ley que sustituyera el Libro II del Código de Comercio, ya que sus normas encaraban un hecho técnico ya desaparecido, la navegación a vela.

Para cumplir con el encargo, realicé un trabajo de investigación y redacción durante varios años de un proyecto de ley orgánica de la navegación que denominamos “*Proyecto de Ley Orgánica de la Navegación y Comercio por Agua*”, y que se conoce por sus iniciales, como “**PLONCA**”. Para la redacción de ese proyecto, conté con la valiosa ayuda del ya citado Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, Dr. José Domingo Ray. El “**PLONCA**”, fue presentado formalmente en un evento convocado por la misma Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en el año 1987.

El **PLONCA**, era una actualización de la legislación nacional al incorporar los principios fundamentales de las Convenciones Internacionales sobre derecho marítimo y recoger las soluciones impuestas por la navegación y tráfico modernos, en concordancia con las modalidades de nuestros puertos. Se contemplaban en el mismo los principios generales, las normas administrativas, las civiles y comerciales, las procesales, y las de derecho internacional privado, en lo que atañe a todo tipo de navegación, la marítima, fluvial, portuaria y lacustre.

Fue ampliamente debatido con los sectores interesados en el comercio marítimo y la navegación, y le incorporamos las observaciones y sugerencias manifestadas, habiéndose se planteado en principio, como un Código de la

⁸ Para la importancia del **PLONCA**, véase mi artículo en el Libro de esta Academia en homenaje al Dr. Eugenio Hernández-Bretón.

Navegación porque en él se contenían tanto las normas de carácter privado, comerciales; como las normas de carácter administrativo, incluidas las normas de derecho internacional privado y las normas procesales.

Sin embargo, por las razones políticas que convulsionaron a la Venezuela de finales de los años ochenta, especialmente el llamado “Caracazo,”⁹ y que continuaron en la década de los noventa¹⁰, con los golpes militares de 1992 se hizo necesario atender emergencias legislativas de otra naturaleza, en especial, por el prolongado debate entre 1992 y 1999 sobre la necesidad de la reforma constitucional, además por el advenimiento al poder en febrero de 1999 de Hugo Chávez Frías. *EL PLONCA*, no se discutió en las sesiones regulares del antiguo Congreso Nacional y, por ende, nunca llegó a convertirse en Ley de la República. Pero quedó como un precedente que sembró la semilla que, a la distancia, iba a tomarse en cuenta en el futuro.

Y, además, por nuestra parte no se abandonó la idea. Se había ido actualizando, con vista a los nuevos Convenios y tendencias internacionales que surgieron a partir de 1987, para lo cual conformamos un valioso grupo de abogados, alumnos del Curso de Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de la UCV. Para el mes de Septiembre de 1999, el Almirante Héctor Ramírez Pérez¹¹, Comandante General de la Armada venezolana y, los Almirantes Carlos Luengo Romero y Marcial González Castellanos¹², Directores

⁹ El Caracazo fue una serie de fuertes protestas y disturbios durante el gobierno de Carlos Andrés Pérez, que comenzó el día 27 de febrero y terminó el día 28 de febrero de 1989 en la ciudad de Caracas, e iniciados realmente en la ciudad de Guarenas, cercana a Caracas. El nombre proviene de Caracas, la ciudad donde acontecieron parte de los hechos, recordando a otro hecho ocurrido en Colombia el 9 de abril de 1948; el Bogotazo. La masacre ocurrió el día 28 de febrero cuando fuerzas de seguridad de la Policía Metropolitana (PM) y Fuerzas Armadas del Ejército y de la Guardia Nacional (GN) salieron a las calles a controlar la situación.

¹⁰ La crisis que nació del Caracazo, concluiría con la virtual desaparición del pacto social construido en torno a la Constitución de 1961 y a los partidos que consolidaron su hegemonía en torno a ella, y la emergencia de nuevos actores sociales. Se eligió una Asamblea Constituyente que aprobó una nueva Constitución, la Constitución de 1999.

¹¹ El Almirante Héctor Ramírez Pérez, quien era Comandante General de la Armada en esa época, fue un entusiasta del PLONCA y, un factor destacado en la promulgación de los Decretos Leyes de 2001 que actualizaron el Derecho de la Navegación en Venezuela.

¹² Carlos Luengo Romero y Marcial González Castellano, son dos figuras claves en la actualización de las leyes de la navegación venezolana, ambos directores, en diferentes épocas, de la antigua Dirección de la Dirección de Transporte Acuático del Ministerio de Infraestructura, la cual se transformó en lo que es actualmente el Instituto Autónomo, INSTITUTO NACIONAL DE LOS ESPACIOS ACUÁTICOS

de la antigua Dirección de Transporte Acuático del Ministerio de Infraestructura, lo que hoy es el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), me contactaron, por intermedio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, pidiéndome actualizar el *PLONCA*, con miras a presentarlo al nuevo poder legislativo nacido de las elecciones de 1998 o, eventualmente del que surgiera con la planteada reforma constitucional. Con este fin le hicimos entrega del Proyecto, con las actualizaciones que se le habían realizado hasta esa fecha.

Pues bien, ese Proyecto, cuyo sustrato está basado en las convenciones unificadoras del derecho marítimo del CMI y, de las organizaciones internacionales aquí mencionadas, del siglo XX, fue una fuente inspiradora y fundamental para, tanto de la Ley Modelo Iberoamericana del IIDM, como de la novísima Ley de Comercio Marítimo venezolana del 2001.

VI. Conclusiones

El Comité Marítimo Internacional (CMI), el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) y el Comité Marítimo Venezolano (CMV), hoy Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM), fundadas en 1897, 1987 y 1977 respectivamente, desde su creación se fijaron como meta la búsqueda de la unificación del derecho marítimo.

Con ese propósito fundamental, han procurado la actualización y uniformidad del derecho marítimo, siendo esta, la razón de su fundación, razón común que las enlaza con el organismo supranacional decimonónico, el CMI, quien fue la fuente inspiradora tanto del IIDM, como del CMV.¹³

Caracas, julio de 2022.

(INEA), adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Comunicaciones. El primero, Luengo Romero, en la época de la presentación del PLOCA, ayudó a su presentación y frustrada aprobación por el antiguo Congreso Nacional antes de 1999, y González Castellano, junto con su adjunto, el Capitán Julio Peña Acevedo, fueron los que dieron los toques finales para que nacieran los decretos leyes del 2002.

¹³ Véase mi artículo “*Génesis y Desarrollo del Derecho de la Navegación en Venezuela*”, en *Libro Conmemorativo de los X años de Legislación Acuática Venezolana*, 2011. Siendo fieles a ese origen y tradición, reiteradamente he sostenido que la frase “*Comité Marítimo Venezolano*”, se mantenga en los signos distintivos de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM).

LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA COMO ELEMENTO DE LA PRÁCTICA JURÍDICA

*Andrés Felipe Guevara Basurco**

SUMARIO

Reconocimiento. Introducción. I. La Planificación Estratégica. II) Conexión entre el Derecho y la Planificación Estratégica. III. La “L” del PESTEL. IV. El reto de la compatibilidad. Referencias bibliográficas.

Reconocimiento

Tuve la oportunidad de conocer personalmente al profesor Humberto Romero-Muci mientras realizaba mis estudios de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello. Los días lunes por la mañana, durante el año académico 2009-2010, el profesor Romero-Muci me daría la cátedra de Derecho Financiero. No tardé mucho en darme cuenta de lo importante que serían esas clases para mí.

No me considero una persona especialmente cercana al área del Derecho Tributario desde el punto de vista académico. Sin embargo, la formación recibida por el profesor Romero-Muci dejó en mí un significado aún más valioso: reafirmó la importancia que tenía el tema económico en el ejercicio del Derecho, y con este, lo vital que sería para mi carrera el estudiar finanzas y contabilidad, disciplinas, estas últimas, a las cuales he dedicado los últimos años de mi labor profesional como consultor corporativo y estratégico.

Quiero recalcar este elemento, porque es mi deseo que los abogados del futuro -y quienes se dedican a transmitir sus conocimientos en la disciplina- tengan la capacidad de comprender que el Derecho no puede desligarse de la Economía. Y es un error bastante común, pensar que la práctica jurídica, el

* Periodista y abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), con una Maestría en Finanzas del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Investigador de Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Ha sido profesor en la Universidad Monteávila (UMA) y en la UCAB; actualmente es profesor adjunto del IESA.

desarrollo de leyes y regulaciones, puede efectuarse prescindiendo del cálculo económico y del impacto que tiene la estructura de incentivos en el cumplimiento de una norma.

El profesor Romero-Muci una y otra vez hacía énfasis en estos temas durante sus clases. Conceptos como la inflación (que años después derivaría en hiperinflación), tipo de cambio y sistema de control cambiario, el pago de obligaciones en moneda extranjera, ocupaban parte esencial de sus clases. Y hoy, viéndolo a la distancia, reconozco su importancia y trascendencia. No me imaginé que luego serían claves en mi profesión. Más aún, tampoco pude prever que dichas premisas, por introductorias que fueran, me abrirían las puertas a profundizar estos temas como parte de mis intereses tanto académicos como profesionales.

Al profesor Humberto Romero-Muci también le debo una pequeña pero determinante aproximación al mundo de la Filosofía del Derecho. Esta vez indirectamente y gracias a otro de mis mentores más importantes: Eugenio Hernández-Bretón. Corría el año 2006 y el profesor Hernández-Bretón me obsequió un ejemplar de lo que sería la lección inaugural que durante ese año lectivo dictó el profesor Romero-Muci para la Escuela de Derecho de la Universidad Monteávila. El trabajo se tituló “La práctica del Derecho en serio”, recordando, de cierta forma, la obra que en su momento escribiera el filósofo Ronald Dworkin.

Sin embargo, no fue Dworkin quien en ese momento captó mi atención, sino otro autor que por aquel entonces desconocía, Rudolf Von Ihering, tal vez uno de los juristas alemanes más importantes del siglo XIX. Y fue precisamente gracias al trabajo del profesor Romero-Muci que me topé por primera vez con “La lucha por el Derecho”. Aún hoy conservo parte del extracto que más me marcó y, que estimo oportuno compartir con los lectores de este trabajo:

*Es la última palabra de sabiduría,
que sólo merece la libertad y la vida,
el que sabe conquistarlas cada día¹*

El tiempo ha pasado. No veo al profesor Romero-Muci en las aulas de clase, como lo hacía aquellos lunes de hace unos cuantos años. Nos encontramos esporádicamente en eventos académicos, tertulias e incluso la propia espontaneidad que brinda el hallazgo fortuito en la calle al haber estado cerca de sus oficinas. Me siento bien de saber que no tengo solo una relación de admiración con el profesor Romero-Muci, sino también una buena relación de amistad con su hijo, Humberto Romero-Carrillo, a pesar de la distancia y el transcurrir de los años.

¹ Humberto Romero-Muci, “Lección Inaugural Universidad Monteávila. La práctica del Derecho en serio”, 2006. Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 84.

Quedan claras las enseñanzas que el profesor Romero-Muci impartió. Un abogado debe tener la capacidad de verse a sí mismo como una *navaja suiza*. Un instrumento integral. Podrá dedicarse a un área específica del Derecho por aquello de que en el mundo moderno la especialización probablemente cree más valor para el individuo en su devenir profesional y para la sociedad por la división del trabajo, pero no se debe olvidar como bien lo indicó el profesor Hernández-Bretón en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que “el Derecho es un hecho cultural, es una manifestación de la cultura de su tiempo”² y en el caso de América Latina tiene una característica particular, “su mestizaje cultural”³. A su manera, la cátedra de Romero-Muci era reflejo de ese crisol, buscando siempre una nueva meta que correr, completar y trascender. Como si fuera un maratón.

Introducción

El ejercicio del Derecho debe ajustarse a los tiempos en los que se desarrolla. Parece una obviedad, pero es imperativo recalcarlo. Buena parte de los artículos académicos destinados al estudio del Derecho se enfocan en aristas directas de la disciplina, por lógicas razones. En otros casos, los análisis se dirigen a ámbitos que no inciden directamente con el Derecho, pero que sí tienen incidencia con esta área del saber. Así, por ejemplo, se encuentran escritos relativos a la relación que pudiese existir entre el Derecho y la literatura, el cine, las artes, la economía, la sociología, la robótica y prácticamente cualquier otra área que pueda estar sujeta al conocimiento humano.

Dentro de este contexto, parece ser de interés y en cierto modo innovador, dedicar un espacio, así sea breve, a explorar la relación e importancia que puede tener el Derecho con la planificación estratégica empresarial. Con ello, se busca establecer una relación de aproximación entre el ámbito de la teoría gerencial y de los negocios.

A diferencia del campo del Derecho, en el cual la literatura es vasta y tiene siglos de trayectoria, la literatura sobre temas gerenciales es mucho más reciente, especialmente en el campo académico. No cabe duda que la noción de emprendimiento probablemente sea tan antigua como las primeras interacciones e intercambios sociales del individuo, pero ha sido casi siempre el carácter práctico de la empresarialidad, su elemento casuístico, el que tiene mayor incidencia en los medios académicos.

² Eugenio Hernández-Bretón, “Mestizaje cultural en el Derecho Internacional Privado de los países de la América Latina. Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela, 2007, p. 19

³ *Ídem.*

Al menos esa pudiera ser una percepción muy en boga en las escuelas de negocios, en las que la resolución de casos, el debate abierto sobre el día a día, es un factor preponderante en los cursos formativos.

Las líneas que siguen no pretenden constituir un estudio exhaustivo de la relación entre el Derecho y la planificación estratégica. Por el contrario, el texto busca una aproximación breve y sucinta sobre un tema que, se presume, pudiera llegar a ser de interés para quienes desarrollan su práctica jurídica en un entorno organizacional-corporativo, premisa ésta que, muy probablemente se cumpla en buena parte de quienes ejercen la abogacía, por no decir que en su totalidad. Difícilmente se conciba un abogado que actúe a la usanza de un llanero solitario, e incluso así su trabajo sigue teniendo muy probablemente incidencia en la sociedad.

I. La Planificación Estratégica

¿En qué momento comienza a hablarse de planificación estratégica en el mundo corporativo? La respuesta tiene sus matices. Se estima que entre las décadas de 1960 y 1970, la planificación estratégica tiene su auge y se considera como un componente esencial del desarrollo empresarial. Sin embargo, como señalan Ocasio y Joseph⁴, posteriormente en las décadas de 1980 y 1990 la planificación estratégica es duramente atacada e incluso se percibe una disminución de los talentos estratégicos dentro de las compañías⁵.

Pasado este período, la planificación estratégica, lejos de desaparecer se ha venido acoplado a los nuevos tiempos. De hecho, se estima que entre el periodo que media entre 1995 y el año 2008, al menos se escribieron unos 900 *papers* y trabajos académicos sobre el tema⁶. Parte del reto que tiene la planificación estratégica por delante consiste precisamente en delimitar su función y alcance.

Si bien no está muerta, a juicio de Mintzberg, la planificación estratégica hace tiempo que cayó de su pedestal⁷.

⁴ William Ocasio y John Joseph. “Rise and Fall - or Transformation? The Evolution of Strategic Planning at the General Electric Company, 1940-2006”, en *Long Range Planning*, International Journal of Strategic Management, Número 41, 2008, pp. 248-272. Disponible en: https://www.academia.edu/65835430/Rise_and_Fall_or_Transformation_The_Evolution_of_Strategic_Planning_at_the_General_Electric_Company_1940_e_2006?from=cover_page; consultado en fecha 24 de julio de 2022.

⁵ *Ídem*.

⁶ *Ídem*.

⁷ Henry Mintzberg, “The Fall and Rise of Strategic Planning”, en *Harvard Business Review*, enero-febrero 1994. Disponible en: <https://hbr.org/1994/01/the-fall-and-rise-of-strategic-planning>; consultado en fecha 24 de julio de 2022.

Pero, continúa el académico de origen canadiense, “pocas personas entienden completamente la razón: la planificación estratégica no es pensamiento estratégico.

De hecho, la planificación estratégica a menudo estropea el pensamiento estratégico, lo que hace que los gerentes confundan la visión real con la manipulación de números. Y esta confusión se encuentra en el centro del problema: las estrategias más exitosas son visiones, no planes”⁸.

En este sentido, definir lo que es planificación estratégica constituye un reto, precisamente por la cantidad de elementos que pudiera abarcar el concepto. Más aún, siguiendo a Scott “no existe común acuerdo con respecto al significado de estrategia entre los académicos, más que entre los gerentes superiores”⁹. Sin embargo, a pesar de su advertencia, este autor recoge distintas aproximaciones teóricas de lo que es la planificación estratégica. Se toma una de ellas para este trabajo, a los fines de tener una guía mínima que sirva de directriz. Así, la planificación estratégica pudiera entenderse como “el establecimiento de las metas y de los objetivos básicos a largo plazo de una empresa, así como la elección de cursos de acción y la asignación de recursos necesarios para llevar a cabo dichas metas”¹⁰.

II. Conexión entre el Derecho y la Planificación Estratégica

Expuesta una definición base, la pregunta que sigue pudiese ser evidente. ¿Qué tipo de relación hay entre la planificación estratégica y el Derecho? Surgen diversos elementos para intentar contestar esta interrogante.

Por un lado, se presenta un aspecto evidente en cuanto al ejercicio de la práctica jurídica: los despachos de abogados. Como cualquier otra empresa, los escritorios jurídicos, los estudios o bufetes requieren del establecimiento de metas y de objetivos para funcionar. Valdría la pena preguntar hasta qué punto las firmas de abogados venezolanas realizan ejercicios de planificación estratégica, y de hacerlo, qué tipo de metodología, sistema o acompañamiento tienen de cara a su ejecución. ¿Se está frente a un proceso empírico o, por el contrario, impera un conjunto de mejores prácticas sobre la materia?

Con base en lo planteado por Fernández, la planificación estratégica pudiera tener distintas utilidades para un despacho de abogados, a saber: (i) fungir como elemento que coadyuve en la definición de un nicho de mercado (por ejemplo, Derecho de la moda, Derecho Deportivo); (ii) desarrollo de productos (en función de lo que permita el marco regulatorio); (iii) especialización del servicio; (iv)

⁸ *Ídem.*

⁹ Alex Scott, *Strategic Planning*, Edinburgh Business School, Pearson Education, Reino Unido, 2003, p. 16.

¹⁰ *Ídem.*

alianza, fusión o adquisición de una firma de abogados; (iv) reducción de costos; (v) expansión de la firma de abogados; (vi) establecer parámetros de financiamiento, ya sea para la ejecución de proyectos o capital de trabajo; (vii) gestión administrativa y de gobierno corporativo¹¹.

En efecto, como se observa, es importante el tema de la planificación estratégica para un escritorio jurídico. En este tipo de organizaciones el Derecho está presente de forma muy evidente. Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de otro tipo de compañías en las cuales el elemento jurídico es una arista más de la organización?

Sobre este particular, la primera pregunta que pudiera plantearse es por qué es importante para un departamento legal tener una estrategia. Al respecto, la premisa inicial debe consistir en el hecho de que la meta final de toda organización debe ser la creación de valor, y ello también se traslada a cada uno de los espacios que integran dicha organización. De este modo, el punto de partida no es otro que establecer cómo el departamento legal crea valor para una corporación. De allí que la estrategia, en términos prácticos, pueda traducirse en un proceso mediante el cual se alinean las metas del departamento legal con los objetivos generales que tiene la propia empresa.

De esta alineación surge, si se quiere dar un nombre acorde al tipo de contenido que se ha venido desarrollando, un plan estratégico legal, el cual no es más que “la hoja de ruta que guía y mantiene al equipo legal encaminado al recordar los objetivos del departamento, al mismo tiempo que identifica los tipos de recursos necesarios para alcanzar los objetivos y las métricas para medir el desempeño frente a los objetivos”¹². Por otro lado, el plan estratégico legal también proporciona al equipo jurídico una imagen detallada de la importancia de sus funciones dentro de la empresa.

III. La “L” del PESTEL

Un punto adicional debe dejarse planteado sobre la mesa. Se ha visto, hasta el momento, algunas aproximaciones al concepto de planificación estratégica, sus retos y oportunidades, así como el hecho de que se puede unir el elemento de planificación estratégica a la práctica jurídica.

¹¹ Daniel J. Fernández, “La importancia de la planificación estratégica en una Firma de Abogados”, en *Enfoque Derecho*, 17 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2017/07/17/la-importancia-de-la-planificacion-estrategica-en-una-firma-de-abogado/>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

¹² Rose D. Ors, “In Practice: Why strategic planning is the essential roadmap of the modern law department”, en *Industry Insights from Thomson Reuters Institute*, 31 de marzo de 2022. Disponible en <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/practice-why-strategic-planning-is-essential-roadmap-modern-law-department-2022-03-31/>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

Un tema a resaltar es el hecho de que en ciertas herramientas que se emplean para la ejecución de la planificación estratégica, el espacio legal se reconoce expresamente. Tal es el caso del PESTEL.

La metodología PESTEL consiste en un análisis mediante el cual se “determina la situación actual de la organización, con la finalidad de crear estrategias, aprovechar las oportunidades, o actuar ante posibles riesgos”¹³.

El origen de la referida metodología se le debe a Francis J. Aguilar, académico estadounidense quien en vida fue profesor titular de la escuela de negocios de la Universidad de Harvard. Aguilar se dedicó a promover el PESTEL en sus trabajos a finales de la década de 1960.

El nombre de PESTEL viene dado precisamente por el acrónimo de los elementos que constituyen la herramienta en inglés, a saber: *Political, Economic, Social, Technological, Environmental y Legal*. Como se debe presuponer, en la práctica el factor legal se refiere a los elementos normativos y regulatorios que pueden influir en las decisiones estratégicas. Los aspectos legales en sentido amplio y los regulatorios *stricto sensu* a menudo se consideran juntos en el análisis PESTEL porque comparten características en común¹⁴. Siendo una de las herramientas más utilizadas en el campo de la planificación estratégica, el reconocimiento de la existencia de la arista legal en la letra “L” en la matriz PESTEL, sería el corolario que terminaría por cristalizar la premisa central de este trabajo: la importancia de la planificación estratégica como elemento de la práctica jurídica.

IV. El reto de la compatibilidad

Ahora bien, es precisamente dentro de este contexto que surge una interrogante de gran valor. ¿Cómo hacer compatible esa estrategia de planificación legal con la planificación estratégica general de la empresa? No es un tema menor, y mucho menos en el caso venezolano. Varios factores inciden sobre el particular.

En primer lugar, no todas las empresas venezolanas tienen una cultura de planificación estratégica. Por diversas circunstancias, es dable decir que en su mayoría las empresas adolecen de una cultura de planificación estratégica. Envueltos en lo inmediato y en la resolución de desafíos al corto plazo, los

¹³ María Guadalupe Torres Arriaga, “Análisis Pestel”, en *UDGVirtual*, Universidad de Guadalajara, México. Disponible en: <https://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/bitstream/123456789/2973/1/An%C3%A1lisis%20PESTEL.PDF>, consultado en fecha 30 de julio de 2022.

¹⁴ Sandeep Kumar, “Legal and Regulatory Factors in Strategic Planning”, *Quality Gurus*. Disponible en: <https://www.qualitygurus.com/legal-and-regulatory-factors-in-strategic-planning/>, consultado en fecha 30 de julio de 2022.

decision makers de las corporaciones locales se ven obligados a dejar a un lado la estrategia para orientarse a la operativa de una “gerencia de conserjería” en la que, lamentablemente, la reflexión de objetivos duraderos y extensivos en el tiempo termina por sacrificarse.

Esta cultura empresarial en la que es escasa la planificación estratégica obedece en gran parte a temas no solo culturales, sino también a características propias del entorno económico y político que han definido a Venezuela en las últimas dos décadas del siglo XX, y en las primeras dos décadas del siglo XXI.

La planificación estratégica requiere de un mínimo de certidumbre, precisamente porque lo “estratégico” no se da en el corto plazo. Su horizonte temporal se cifra en años, quinquenios, y en algunos casos incluso en décadas.

Cuando se está desarrollando un negocio en un entorno dotado de una limitada seguridad jurídica, un Estado de Derecho inexistente o cuando menos bastante debilitado, de un ambiente en el que las debilidades macroeconómicas (inflación, tipo de cambio, política monetaria) inciden directamente en la cooperación social y en la forma de hacer intercambios comerciales dentro de una determinada jurisdicción, si no existe un mínimo de estabilidad, difícilmente un empresario estará concibiendo proyectos a largo plazo en su organización. Su prioridad será convertirse en un “apagafuegos”, término que, si bien parece un coloquialismo, la propia Real Academia de la Lengua define como la persona que “soluciona o aminora problemas acuciantes”¹⁵.

En segundo término, la informalidad es un *driver* característico de la dinámica empresarial criolla. De acuerdo con el Informe de Fin de Año 2021 elaborado por el Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE), “Venezuela es el país con la mayor carga burocrática registrada por el Índice de Burocracia¹⁶; se identificaron 68 trámites burocráticos exigidos por 18 instituciones gubernamentales, 45 exigidos para todas las empresas y 23 dependiendo de la actividad productiva”¹⁷.

¹⁵ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”. Disponible en: <https://dle.rae.es/apagafuegos?m=form>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

¹⁶ Este índice es llevado por el Atlas Network, una organización no gubernamental dedicada a la promoción de ideas tendientes hacia el libre mercado, cuya sede principal se ubica en Estados Unidos, y que agrupa a más de 500 organizaciones, localizadas a su vez en un total aproximado de 100 países. Para más información, visitar su página web: www.atlasnetwork.org

¹⁷ Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE), “Informe de Fin de Año. Venezuela en Índices durante el 2021”. Disponible en: <https://cedice.org.ve/mide/venezuela-2021/>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

De allí que, como bien señala CEDICE, se estime que, en Venezuela, en promedio, “una pequeña empresa debe cumplir con 53 trámites al año, lo que demanda un total de 1.043 horas, que equivalen a 130 jornadas laborales. Cada trámite, a su vez, exige entre 4 y 5 diligencias cada uno, acumulando un total de 324 diligencias /año”¹⁸.

Por su parte, en un informe preparado por Marotta Lanzieri, el Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IIES) de la Universidad Católica Andrés Bello da cuenta de cómo esa informalidad terminó de permear en el mercado laboral venezolano en las últimas décadas.

En efecto, el académico señala lo siguiente: “En Venezuela el nivel de informalidad laboral, entendida como la proporción de la fuerza de trabajo que no tiene acceso a la seguridad social, se ha incrementado drásticamente, pasando de 48,5% a 84,5% entre 1994 y 2020”¹⁹.

No debe causar sorpresa que en un entorno como el descrito los empresarios venezolanos se piensen dos veces el ejercicio de una planificación. Sin embargo, esta no parece ser una condición singular de la empresarialidad criolla. Cuando el conocido economista peruano Hernando de Soto tuvo oportunidad de estudiar las causas que generaban informalidad en su país natal, de Soto descubrió, entre otras cosas, algunos elementos de importancia que ayudaban a entender el porqué de dicha informalidad. Al respecto, el académico señala lo siguiente: “nos parece que los lugares, los sitios donde nosotros deberíamos investigar con mayor asiduidad los problemas de la informalidad y los problemas que se refieren a nuestro subdesarrollo, son las instituciones legales”²⁰. La premisa expuesta por de Soto incide no solo en el caso venezolano, sino también en buena parte de Latinoamérica y otros espacios del mundo en los que el *costo de la legalidad* sigue siendo bastante elevado.

La informalidad trae consigo dos elementos subsecuentes, la ausencia de trazabilidad en la cadena de valor de los intercambios económicos que se ejecutan en el país, como quiera que las etapas de producción, creación, distribución terminan por no ser documentadas. Y, en segundo término, y este atañe directamente al ámbito legal, el no cumplimiento de regulaciones y deberes formales establecidos por ley, en gran parte por el elevado costo de la legalidad y por los incentivos existentes dentro del marco jurídico.

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ Demetrio Marotta Lanzieri, “La informalidad laboral en Venezuela: definiciones, medición y desafíos”, en *Notas sobre la Economía Venezolana*, N° 11, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales “IIES”, Universidad Católica Andrés Bello. Disponible en: <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/2021/11/11Notas-sobre-la-Economia-Venezolana-DML.pdf>, consultado en fecha 24 de julio de 2022

²⁰ Hernando de Soto, *La Economía Informal*, Monografía No. 7, Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE), Caracas, pp. 27-28.

El tercer punto a destacar sobre los elementos que impiden la realización de una planificación estratégica no es otro que el propio patrón psicológico, emocional e incluso cultural del propio empresario. La premisa es bastante sencilla. Si a una empresa con una trayectoria determinada los resultados económicos (utilidades y dividendos) le han resultado positivos a través del tiempo, las barreras de resistencia para reflexionar sobre el devenir de la compañía serán más elevadas. Los accionistas, socios o propietarios se cuestionarán la necesidad de desarrollar este tipo de prácticas. Usualmente, en este tipo de escenarios, la planificación estratégica se desarrolla cuando el propio empresario reconoce que su negocio debe replantearse, reorientarse, buscar opciones distintas.

Ello sucede normalmente cuando los indicadores de gestión económico-financieros de la compañía no están en su óptimo.

La experiencia sugiere, sin embargo, que no necesariamente se debe esperar a que se vean afectados los indicadores económico-financieros para comenzar la ejecución de una planificación estratégica. La naturaleza de las empresas es cambiante, al igual que su relación con los mercados. La labor del emprendedor consiste precisamente tomar decisiones ponderando riesgos y mitigando las incertidumbres existentes, y con ello finalmente crear valor no sólo para sus propietarios sino también para la sociedad. En la medida en que se fortalezcan los procesos de mejores prácticas corporativas (y la planificación estratégica forma parte de ellas) se incrementarán las probabilidades conducentes a una mayor creación de valor. Como se ha visto, el Derecho y la práctica jurídica, forman parte vital de esta travesía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE), “Informe de Fin de Año. Venezuela en Índices durante el 2021”. Disponible en: <https://cedice.org.ve/mide/venezuela-2021>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

DE SOTO, Hernando, “La Economía Informal”, Monografía No. 7, Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE), Caracas.

FERNÁNDEZ, Daniel J., “La importancia de la planificación estratégica en una Firma de Abogados”, en *Enfoque Derecho*, 17 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2017/07/17/la-importancia-de-la-planificacion-estrategica-en-una-firma-de-abogado>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Mestizaje cultural en el Derecho Internacional Privado de los países de la América Latina. Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Venezuela, 2007.

KUMAR, Sandeep, “Legal and Regulatory Factors in Strategic Planning”, *Quality Gurus*. Disponible en: <https://www.qualitygurus.com/legal-and-regulatory-factors-in-strategic-planning>, consultado en fecha 30 de julio de 2022.

MAROTTA LANZIERI, Demetrio, “La informalidad laboral en Venezuela: definiciones, medición y desafíos”, en *Notas sobre la Economía Venezolana*, N° 11, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales “IIES”, Universidad Católica Andrés Bello. Disponible en: <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/2021/11/11Notas-sobre-la-Economia-Venezolana-DML.pdf>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

MINTZBERG, Henry, “The Fall and Rise of Strategic Planning”, *Harvard Business Review*, enero-febrero, 1994. Disponible en: <https://hbr.org/1994/01/the-fall-and-rise-of-strategic-planning>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

OCASIO, William, JOSEPH, John, “Rise and Fall - or Transformation? The Evolution of Strategic Planning at the General Electric Company, 1940-2006”, en *Long Range Planning International Journal of Strategic Management*, Número 41, 2008. Disponible en: https://www.academia.edu/65835430/Rise_and_Fall_or_Transformation_The_Evolution_of_Strategic_Planning_at_the_General_Electric_Company_1940_e_2006?from=cover_page; consultado en fecha 24 de julio de 2022.

ORS, Rose D., “In Practice: Why strategic planning is the essential roadmap of the modern law department”, en *Industry Insights from Thomson Reuters Institute*, 31 de marzo de 2022. Disponible en <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/practice-why-strategic-planning-is-essential-roadmap-modern-law-department-2022-03-31/>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/apagafuegos?m=form>, consultado en fecha 24 de julio de 2022.

ROMERO-MUCI, Humberto, *Lección Inaugural Universidad Monteávila. La práctica del Derecho en serio*, 2006.

SCOTT, Alex, *Strategic Planning*, Edinburgh Business School, Pearson Education, Reino Unido, 2003.

TORRES ARRIAGA, María, “Análisis Pestel”, en *UDGVirtual*, Universidad de Guadalajara, México. Disponible en: <https://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/bitstream/123456789/2973/1/An%C3%A1lisis%20PESTEL.PDF>, consultado en fecha 30 de julio de 2022.

ALCANCE Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CULTURALES. LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES Y SU INTERDEPENDENCIA

*Alberto Blanco-Uribe Quintero**

SUMARIO

I. El derecho humano a la cultura abarca la noción de derechos humanos culturales. II. La Declaración Universal de los Derechos Humanos como punto de partida. Los derechos culturales implícitos. III. La Declaración Universal de los Derechos Humanos como punto de partida. Una específica disposición que alude expresamente al derecho humano a la cultura. IV. Ambiente y cultura, dos caras de la misma moneda. V. El derecho humano al patrimonio cultural. VI. El derecho humano a la participación ciudadana en lo cultural. La libertad asociativa. VII. La Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales y el Relator Especial de los Derechos Culturales. VIII. El derecho humano a la cultura es de libertad y también prestacional. IX. Conclusión. Referencias bibliográficas.

I. El derecho humano a la cultura abarca la noción de derechos humanos culturales

Debemos partir del entendimiento acerca de que aludir al alcance y contenido esencial de los derechos culturales (así en plural), viene siendo a la postre lo mismo que referirse al alcance y contenido esencial del derecho humano a la cultura (de esta manera en singular), y veremos entonces a lo largo de las

* Abogado y máster en derecho administrativo, Universidad Central de Venezuela (UCV); máster en derecho ambiental y ordenación del territorio y en derecho público, Universidad de Estrasburgo (Francia); y máster en derechos humanos, Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor UCV. Coordinador Observatorio Iberoamericano de Derecho Ambiental, Patrimonio Cultural y Paisaje de la Asociación Juristas de Iberoamérica. Consultor Reconnecting With Your Culture. albertoblancouribe@gmail.com / @AlbertoBUQ

siguientes líneas, cómo es que *Derechos Culturales* y *Derecho a la Cultura* es exactamente lo mismo¹.

Y antes de avanzar en esta exposición, tengamos presente que, en cuanto a la noción de cultura, que es crucial para nuestro marco de análisis, asumimos la omnicomprendensiva definición ofrecida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con ocasión de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, México, 1982²:

“...la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias y que la cultura da al hombre la capacidad de reflexionar sobre sí mismo. Es ella la que hace de nosotros seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos. A través de ella discernimos los valores y efectuamos opciones. A través de ella el hombre se expresa, toma conciencia de sí mismo, se reconoce como un proyecto inacabado, pone en cuestión sus propias realizaciones, busca incansablemente nuevas significaciones, y crea obras que lo trascienden”.

Y desde la perspectiva estrictamente jurídica, como quedará evidenciado de la lectura de diversos textos internacionales que comentaremos, así como de la multitud de leyes y reglamentaciones internas sobre la cultura que nos ofrece el derecho comparado y los cuales la curiosidad, la investigación académica o la práctica profesional pueda dirigirnos, la cultura es un bien jurídico tutelado, regido por normativas tendentes a la intervención del Estado para la protección y el aseguramiento del goce efectivo de todo lo que tiene que ver con la manifestación cultural libre.

Entonces la cultura, como bien jurídico tutelado, es un valor social, y no debemos entender por valor aquí una referencia a lo económico (o valor de mercado o intercambio comercial), sino más bien a lo emocional, al elemento afectivo, que hace sentir a una persona en calidad de vida y le permite experimentar que se identifica con aquello que lo genera, desde una perspectiva intergeneracional.

¹ Un resumen de estos conceptos fue presentado como conferencia ofrecida por el autor en el II Congreso Latinoamericano de Investigación Jurídica, evento híbrido organizado por el Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia, diciembre de 2021. Visible en: <https://www.facebook.com/100063471819725/videos/429892372003175> (minutos 1 a 25), revisada en noviembre 2022.

² Disponible en: https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals400.pdf, revisada en noviembre 2022.

Así, la cultura es un bien inmaterial, no obstante que reposen sus manifestaciones concretas en aspectos materiales, como puede ser una edificación, un monumento o, incluso, un libro, un vestido, un plato de comida tradicional... Sólo que no hay que confundir la obra cultural literaria con el libro que la contiene, y así sucesivamente.

Lo anterior exige que haya medidas de policía administrativa y de tutela judicial efectiva de los intereses individuales y supraindividuales, colectivos y difusos, involucrados con el tema cultural, para su mejor gestión racional y sostenible.

Y, en definitiva, la cultura es un derecho humano donde está de por medio la identidad y la diversidad culturales, el principio de tolerancia y el respeto por el otro y sus significaciones, símbolos, costumbres y tradiciones.

II. La Declaración Universal de los Derechos Humanos como punto de partida. Los derechos culturales implícitos

Al momento de asumir cualquier análisis relativo al régimen jurídico de los derechos humanos, desde la perspectiva o enfoque que sea, es menester obviamente comenzar por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUHU)³, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 10 de diciembre de 1948, pues el sistema universal de protección de los derechos humanos consagra los principios fundamentales que le nutren, como también tanto a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como el interamericano y el europeo, como a los diversos sistemas de protección nacionales o internos, como nos lo ha siempre evidenciado el derecho comparado.

Desde esta perspectiva, se ponen de manifiesto importantísimos y trascendentales principios del derecho internacional de los derechos humanos, presentes en el sistema universal y en el sistema interamericano, como se evidencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)⁴, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948, que nos conciernen en la inmediatez, como lo son esencialmente el principio de interdependencia de los derechos humanos y el principio de progresividad o de no regresión de los derechos humanos.

Por supuesto que son algunos más los principios rectores en materia de derechos humanos, pudiendo ahora destacar el principio de libertad, el principio de dignidad humana, el principio de fraternidad o de solidaridad y el principio de

³ Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, revisada en noviembre 2022.

⁴ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americanade_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf, revisada en noviembre 2022.

calidad de vida, pero son aquellos dos citados en primer término los que nos resultan pertinentes al objeto de mostrar la seriedad de la afirmación inicial contenida en el acápite anterior.

En consecuencia, de la mano de estos dos principios cruciales de interdependencia y de progresividad de los derechos humanos podremos observar cómo está concebido el tema de la cultura en la DUDH, y subsiguiente e ineluctablemente en todos los otros textos o documentos internacionales universales y regionales que comentaremos.

Como sabemos, la cultura no es un tema que se encuentre previsto de forma explícita e inequívoca en un único dispositivo preciso de la DUDH.

Por el contrario, podemos apreciar una gran distinción entre aquellos derechos humanos varios previstos en la DUDH, no exclusivamente ligados al tema cultural, pero que nos permiten de forma implícita -por su interdependencia y su inherencia con la persona humana- llegar a los derechos culturales, por una parte y, por la otra parte, una específica disposición que alude expresamente a un derecho humano a la cultura.

Así, partiendo siempre del principio general de que toda persona nace libre e igual en dignidad y derechos y que debemos obrar de forma fraternal⁵, dentro del lote mencionado en primer lugar, podemos comentar, por ejemplo y por considerarlos los más relevantes o representativos, los siguientes:

a) La prohibición de discriminación⁶ y el derecho humano al respeto de la diversidad cultural

La exigencia de trato igualitario y respetuoso para todos, desde la perspectiva de las diferencias culturales derivadas de la presencia en la misma comunidad o en cuanto a otras comunidades, de distintos grupos étnicos, religiosos o de otra

⁵ Art. 1 DUDH: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

⁶ Art. 2 DUDH: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

Art. 7 DUDH: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

Art. 2 DADDH: *“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”*.

índole, es un elemento central en la génesis del derecho humano al respeto de la diversidad cultural, a la valoración y consideración de las tradiciones y costumbres ancestrales, cosmovisión, filosofías, creencias, lenguas, etc.

En líneas generales, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁷, aprobado en el marco de la ONU en 1966, dispone que: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”* (artículo 2).

En este sentido, conviene tener presente la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981⁸, en cuyo artículo 2 se prevé que: *“Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares”*. *“La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana”* (artículo 3).

Igualmente, la Declaración de Principios sobre la Tolerancia⁹, aprobada por la UNESCO, el 16 de noviembre de 1995, que señala en su artículo 1.1 que: *“La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad, de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica”*.

También la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural¹⁰, aprobada por la UNESCO, el 2 de noviembre de 2001, en cuyo artículo 2 se establece que: *“En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar la interacción armónica entre personas y grupos con identidades culturales plurales, variadas y dinámicas, así como la voluntad de convivir. Las*

⁷ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, revisada en noviembre 2022.

⁸ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination> Revisada en noviembre 2022.

⁹ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Principios_Tolerancia_UNESCO.pdf. Revisada en noviembre 2022.

¹⁰ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-cultural-diversity>. Revisada en noviembre 2022.

políticas que favorecen la inclusión y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la respuesta política a la realidad de la diversidad cultural”.

Y muy especialmente la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales¹¹, aprobada en el seno de la UNESCO el 20 de octubre de 2005, que en su artículo 2 contiene el “*Principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas*”, propugnando que “*La protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos*”.

De los preceptos pertinentes concatenados de estas declaraciones y convención, a más de la aplicabilidad de variados textos adicionales que redundan en esta conclusión, emerge, de manera implícita pero indubitable, uno de los derechos humanos culturales, como lo es el derecho humano al respeto de la diversidad cultural, o también uno de los contenidos esenciales del derecho humano a la cultura, cual es el respeto de la diversidad cultural.

b) El derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad y el derecho humano a la identidad cultural

No obstante que la DUDH y la DADDH nada expresan de manera explícita al respecto de un derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad, es lo cierto que un derecho humano tan así generalmente consagrado en cuantiosas constituciones nacionales¹², es considerado como el derecho síntesis de los derechos humanos, pues siendo la persona ontológicamente libre e igual a todas, sería imposible que pudiese diseñar a voluntad su propia personalidad en todos los sentidos, si el conjunto total de los derechos humanos que le son atribuidos no fuese integralmente respetado, asegurando su pleno goce.

Así, los Estados no pueden en forma alguna incidir en la conformación de la personalidad, siendo lo propio del individuo decidir libremente acerca de su presencia física, su imagen, sus opiniones, concepciones, credos, vocaciones, filosofías, etc.

¹¹ Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260710_spa.page=13. Revisada en noviembre 2022.

¹² A título ilustrativo la Constitución venezolana de 1999 en su artículo 20: “*Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin mas limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social*”. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf, revisada en noviembre 2022.

En otras palabras, corresponde a la persona, libre de adoctrinamientos, imposiciones y discriminaciones, forjar, entre lo que nos atañe, su propia identidad cultural, derivada de su voluntad y asociada, pero no determinada definitivamente, a su procedencia u origen cultural.

Lo anterior nos lleva al implícito derecho humano a la identidad cultural, surgido de la interdependencia entre el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y el derecho a la cultura, del cual es también, al igual que el derecho a la diversidad cultural del cual emerge, contenido esencial.

El derecho humano a la identidad cultural tiene entonces un componente individual, e igualmente un componente social, comunitario o colectivo, por lo que la citada Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales refiere *“la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales”* (artículo 2), y la nombrada Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural nos dice que *“Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad”* (artículo 1), aludiendo en otros dispositivos a la interacción armónica entre personas y grupos con identidades culturales plurales, variadas y dinámicas.

Y sobre idéntica línea, el mencionado Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos afirma que: *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”* (artículo 27).

c) El derecho humano a la protección de la vida privada y familiar¹³ y el derecho humano a la identidad cultural

Todos los sistemas de protección de los derechos humanos prevén la tutela de ese espacio íntimo, que corresponde a cada persona, en el que libremente desarrolla su privacidad individual y la de la vida familiar y doméstica, y que

¹³ Art. 12 DUDH: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

Art. 16 DUDH: *“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna ... a ... fundar una familia... 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

Art. 5 DADDH: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”*.

Art. 6 DADDH: *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”*.

obviamente está en interdependencia con el derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que “...es el derecho de una persona de ser libre, de llevar su propia existencia como ella lo desea, con el mínimo de injerencias exteriores”¹⁴.

Y más particularmente en cuanto concierne al tema familiar: “Esta protección consiste principalmente en establecer un vínculo donde existan valores como el amor, el respeto, la solidaridad y ayuda mutua, pero especialmente donde se respeten y cumplan—con responsabilidad— los derechos y deberes de cada uno de los miembros de la familia”¹⁵.

En tal sentido, el mentado Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (artículo 17).

Tenemos entonces que el derecho ligado a la protección de ese espacio íntimo resulta ser un derecho humano en gran interdependencia con y en garantía simultánea del derecho humano a la identidad cultural, puesto que es el lugar en el cual se manifiestan en primer término y en la cotidianeidad, las expresiones culturales, tales como las prácticas religiosas, costumbres ancestrales, hábitos, uso de lenguas propias o maternas, gastronomía, etc.

Muy especialmente, la indicada Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones anuncia que “Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño” (artículo 5.1).

¹⁴ Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1815-02762000000200009#:~:text=La%20definici%C3%B3n%20expresa%3A%20%22El%20Derecho,el%20m%C3%ADnimo%20de%20injerencias%20exteriores%22, revisada en noviembre 2022.

¹⁵ Disponible en: <https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/article/view/2318#:~:text=Esta%20protecci%C3%B3n%20consiste%20principalmente%20en,los%20miembros%20de%20la%20familia,> revisada en noviembre 2022.

d) La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁶ y el derecho humano a la identidad cultural

Sin duda, y consideración hecha de lo que se ha venido exponiendo y en virtud del principio de interdependencia de los derechos humanos, mal podría concebirse un efectivo derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad y, en consecuencia, contar con el disfrute del derecho humano a la identidad cultural, si no existiese y estuviese debidamente asegurada la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o culto.

Elegir su propia filosofía y cosmovisión, así como poder forjarse libremente sus propios criterios, opiniones, conclusiones y estrategias de vida, objetivos, metas, herramientas e instrumentos para alcanzarlos, es de suyo parte consustancial de la cultura y de sus diversas manifestaciones posibles.

En este contexto, el mencionado Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos expresa que: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”* (artículo 18).

Y de la simple lectura de ese dispositivo podemos apreciar su indisoluble interrelación con la prohibición de discriminación, y con los derechos humanos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la protección de la vida privada y familiar, junto a otros que veremos.

¹⁶ Art. 18 DUDH: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”*.

Art. 3 DADDH: *“Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”*.

Por su parte, la citada Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones declara que: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”* (artículo 1).

Y en cuanto a lo que comprende este derecho humano, la misma Declaración expresa las libertades de: *“practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; ... fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas; ... confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; ... escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; ... enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; ...”* (artículo 6), entre otras.

En cuanto a la comentada Declaración de Principios sobre la Tolerancia, ella reivindica que la tolerancia *“significa que toda persona es libre de adherirse a sus propias convicciones y acepta que los demás se adhieran a las suyas”* (artículo 1.4).

Y del mismo modo, la aludida Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales presupone “*la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales*” (artículo 2.1), que derivan de la creatividad de las personas, grupos y sociedades (artículo 4.3), mientras que la señalada Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural apuntala el derecho a ejercer sus propias prácticas culturales (artículo 5) y promueve la libre circulación de las ideas (artículo 9).

e) Libertades de expresión¹⁷, de reunión¹⁸ y de tránsito o circulación¹⁹, aunada esta última al derecho humano al turismo, y los derechos humanos a la identidad cultural y al respeto de la diversidad cultural

Gozar de la posibilidad de desenvolver libremente su personalidad, construyendo su propia identidad cultural, no es un tema que pueda quedar restringido al ámbito privado y familiar, sino que por el contrario ha de poder salir y hasta llenar el espacio comunitario, público o de todos, en provecho del intercambio entre aquellos que asumen una similar identidad cultural, mediando el proceso de identificación cultural, lo cual es un fenómeno de orden psicosocial y afectivo; e, igualmente, del reconocimiento, respeto y valoración de cuantiosas manifestaciones culturales que conforman el universo de la diversidad cultural, propiciando la paz y el enriquecimiento cultural de las personas y comunidades.

En consecuencia, es menester que asumamos en conjunto tanto la libertad de expresión, derecho humano que según el aludido Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos “*comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro*

¹⁷ Art. 19 DUDH: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

Art. 4 DADDH: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio*”.

¹⁸ Art. 20.1 DUDH: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas*”.

Art. 21 DADDH: “*Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole*”.

¹⁹ Art. 13 DUDH: “*1. Toda persona tiene derecho a circular libremente... 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*”.

Art. 8 DADDH: “*Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sin por su voluntad*”.

procedimiento de su elección” (artículo 19.2), de modo que “*Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones*” (artículo 19.1), desde lo individual, de un lado, y la libertad de reunión, concebida en tal Pacto en términos de que “*Se reconoce el derecho de reunión pacífica*” (artículo 21), en lo colectivo, del otro lado, puesto que las expresiones culturales suelen manifestarse, aunque obviamente no exclusivamente, en el ámbito público, por ejemplo en el marco de procesiones religiosas y festividades diversas, y también de encuentros en plazas, templos, parques, centros culturales o académicos, etc., y en casas de habitación.

Son tales expresiones de las prácticas culturales que contribuyen a su difusión en el ámbito social tan importantes, que la nombrada Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural declara que “*la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos*” (artículo 1), y en interdependencia con los derechos humanos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la identidad cultural aunada a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, reconoce que “*La diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos... como medio para lograr una vida intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria*” (artículo 3). Concretamente consagra que “*toda persona tiene el derecho de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee, particularmente, en su lengua materna*” (artículo 5); y, profundiza la idea al indicar que: “*Al tiempo que se garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer. La libertad de expresión, el pluralismo de medios de comunicación, el multilingüismo, la igualdad de acceso a expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico –incluida su forma digital– y la posibilidad de que todas las culturas puedan acceder a medios de expresión y difusión, son garantes de la diversidad cultural*” (artículo 6).

En el mismo sentido, la revisada Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones destaca la libertad “*de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas*” (artículo 6.d).

Por su parte, la tratada Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales indica que: “*La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados*” (artículo 4.1). Y nos trae el concepto de interculturalidad, de modo de poder generar expresiones culturales compartidas (artículo 4.8).

En este orden de ideas, hemos podido apreciar que la libertad de expresión, además de la posibilidad de difundir las opiniones, contiene igualmente el derecho de investigar y recibir informaciones, que no es otra cosa que el conocido derecho

humano de acceso a la información, en este caso en el campo de la cultura. De allí que la estudiada Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales contenga el principio de apertura, que obliga a los Estados a adoptar medidas que promuevan adecuadamente una apertura a las demás culturas del mundo (artículo 2.8), mediando la garantía de la libertad de expresión, información y comunicación (artículo 2.1). Y de la misma manera, obliga a los Estados a “*crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a: ... b) tener acceso a las diversas expresiones culturales provenientes de su territorio y de los demás países del mundo*” (artículo 7.1.b).

Y precisamente una enorme y enriquecedora puerta de entrada al roce y al conocimiento de otras culturas, así como a poder aportar manifestaciones culturales propias a las demás comunidades, viene dada como consecuencia del ejercicio efectivo de la libertad de tránsito o de circulación, tanto al interior del país, con sus diversidades culturales regionales y locales, como a través de las fronteras y viajes internacionales incluso intercontinentales, que ofrecen un universo infinito a las posibilidades de intercambios y reconocimiento y valorización de la gran diversidad cultural mundial.

Esta libertad de tránsito está igualmente reconocida en el art. 12 del analizado Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: “*1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio*”.

Y es absolutamente evidente la interdependencia de esta libertad, desde la perspectiva cultural que nos convoca, con el derecho humano al turismo, el cual se ha venido forjando en su reconocimiento, partiendo de los trabajos de la Organización Mundial del Turismo, y en particular de la Resolución A/RES/406(XIII) del 1 de octubre de 1999²⁰, por la que su Asamblea General adopta el Código Ético Mundial para el Turismo, que fuera a su vez resaltado por la Resolución A/RES/56/212 emanada el 21 de diciembre de 2001²¹, de la Asamblea General de la ONU, a lo largo del cual están presentes los derechos culturales.

Así, solo a título ilustrativo, en el artículo 2 del mencionado Código se lee que: “*1. El turismo, que es una actividad generalmente asociada al descanso, a la diversión, al deporte y al acceso a la cultura y a la naturaleza, debe concebirse y practicarse como un medio privilegiado de desarrollo individual y colectivo. Si se lleva a cabo con la apertura de espíritu necesaria, es un factor insustituible de autoeducación, tolerancia mutua y aprendizaje de las legítimas diferencias entre pueblos y culturas y de su diversidad... 4. Los desplazamientos por motivos de*

²⁰ Disponible en: https://webunwto.s3.eu-west-1.amazonaws.com/imported_images/37826/gcetbrochureglobalcodees.pdf, revisada en noviembre 2022.

²¹ *Ídem*.

religión, salud, educación e intercambio cultural o lingüístico constituyen formas particularmente interesantes de turismo, y merecen fomentarse. 5. Se favorecerá la introducción en los programas de estudios de la enseñanza del valor de los intercambios turísticos, de sus beneficios económicos, sociales y culturales, y también de sus riesgos”.

Según su artículo 4: *“1. Los recursos turísticos pertenecen al patrimonio común de la humanidad. Las comunidades en cuyo territorio se encuentran tienen con respecto a ellos derechos y obligaciones particulares. 2. Las políticas y actividades turísticas se llevarán a cabo con respeto al patrimonio artístico, arqueológico y cultural, que deben proteger y transmitir a las generaciones futuras.*

Se concederá particular atención a la protección y a la rehabilitación de los monumentos, santuarios y museos, así como de los lugares de interés histórico o arqueológico, que deben estar ampliamente abiertos a la frecuentación turística. Se fomentará el acceso del público a los bienes y monumentos culturales de propiedad privada con todo respeto a los derechos de sus propietarios, así como a los edificios religiosos sin perjuicio de las necesidades del culto...”.

Y sus artículos 7 y 8, en cuanto al derecho humano al turismo y su interdependencia, expresan que: *“1. La posibilidad de acceso directo y personal al descubrimiento de las riquezas de nuestro mundo constituirá un derecho abierto por igual a todos los habitantes de nuestro planeta. La participación cada vez más difundida en el turismo nacional e internacional debe entenderse como una de las mejores expresiones posibles del continuo crecimiento del tiempo libre, y no se le opondrá obstáculo ninguno. 2. El derecho al turismo para todos debe entenderse como consecuencia del derecho al descanso y al ocio, y en particular a la limitación razonable de la duración del trabajo y a las vacaciones pagadas periódicas, que se garantiza en el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...”; y que: “1. Con arreglo al derecho internacional y a las leyes nacionales, los turistas y visitantes se beneficiarán de la libertad de circular por el interior de sus países y de un Estado a otro, de conformidad con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y podrán acceder a las zonas de tránsito y estancia, así como a los sitios turísticos y culturales sin formalidades exageradas ni discriminaciones...”.*

f) El derecho humano al disfrute de tiempo libre²² y las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, de expresión y de reunión

El derecho humano al disfrute del tiempo libre es también conocido simplemente como el derecho humano al ocio, que, dentro del universo del concepto de calidad de vida, clave en materia de derechos humanos, implica la posibilidad de disponer a plenitud de momentos que no tienen que ver con los estudios ni con el trabajo, pero tampoco necesariamente con el descanso o el reposo (tiempo de sueño y de recuperación física y mental), como ocurre por ejemplo con el evocado turismo.

En efecto, se trata de espacios de tiempo en actividad, no vinculados necesaria o exclusivamente con la diversión, sino más bien con la creatividad. Es por ello por lo que el gozo efectivo de este derecho humano implica tres cosas: la voluntariedad o libre elección para decidir qué se desea hacer dentro de un abanico de opciones que comprometen el ingenio y la creatividad en total autonomía; la vivencia placentera o satisfacción en su ejecución; y, ha de revestir el carácter de autotelismo, es decir, que debe ser deseable por sí misma.

Así, como es fácil de imaginar, manifestaciones culturales como la escritura de un libro, la realización de una escultura o de una pintura, la asistencia al cine o al teatro, las prácticas religiosas u otro tipo de rituales o ceremonias y festejos tradicionales, y toda expresión cultural posible, como por ejemplo filosofar, analizar y exponer ideas, sólo pueden materializarse con ocasión de contar realmente con ese tiempo libre, con esa oportunidad de ocio.

Es tan determinante este derecho humano, que todo resulta tan simple como que si la gente tuviese que dedicar la totalidad de su tiempo a estudiar (aludimos a formaciones escolarizadas dentro de los sistemas educativos), a trabajar (nos referimos a la producción económica) y a reposar y descansar, no sería posible el desarrollo de expresiones o manifestaciones culturales.

Es en semejante orden de ideas que la comentada Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales prevé el principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, indicando que: *“Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales como la libertad de expresión, información y comunicación, así como la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales”* (artículo 2.1).

²² Art. 24 DUDH: *“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”*.

Art. 15 DADDH: *“Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”*.

Y en cuanto a la relación ocio-creatividad-cultura, estatuye que: “*Las “expresiones culturales” son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural*” (artículo 4.3).

g) El derecho humano a la educación²³ y los derechos humanos a la identidad cultural y al respeto de la diversidad cultural

El derecho humano a la educación es, sin duda, uno de los derechos culturales por excelencia o, si se prefiere, parte sustancial del derecho humano a la cultura.

Ahora bien, cuando hablamos de educación no queremos referirnos pura y simplemente a la matrícula escolar tendente a la mera transmisión de conocimientos generales o especializados, más o menos útiles para la vida de la persona. Esta sería una aproximación tremendamente reduccionista de un fenómeno social realmente trascendental para la formación integral de la persona, que comienza desde el nacimiento del individuo, en el seno de su familia, continuando por tan largo tiempo como esté presente regularmente en el sistema escolar en todos sus niveles, pudiendo durar toda la vida del ser humano.

Es por ello por lo que hacemos nuestra, por considerarla bastante completa y cercana a la perspectiva cultural, la siguiente definición: “*La educación es la formación destinada a desarrollar la capacidad intelectual, moral y afectiva de las personas de acuerdo con la cultura y las normas de convivencia de la sociedad a la que pertenece.*”

La escuela se ocupa también de la educación en valores; cursos de educación para adultos; la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia.

También la podemos definir como la transmisión de conocimientos a la una persona para que ésta adquiera una determinada formación²⁴.

²³ Art. 26 DUDH: “1. Toda persona tiene derecho a la educación... 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

Art. 12 DADDH: “Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas”.

²⁴ Disponible en: <https://sites.google.com/site/latecnologiaatufavor/que-es-educacion#:~:text=La%20educaci%C3%B3n%20es%20la%20f,sociedad%20a%20la%20que%20pertenecen>, revisada en noviembre 2022.

Esta conceptualización del fenómeno educativo nos muestra a cabalidad la interdependencia entre el derecho humano a la educación y el derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad, del que aquel resulta entonces instrumental, y también de suyo con el derecho de acceso a la información, parte integral de la libertad de expresión, y todo en íntima interrelación con la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de reunión, el derecho a la protección de la familia, y, evidentemente, con los derechos humanos a la identidad cultural y al respeto de la diversidad cultural.

Por lo que a la identidad cultural se refiere, a más del seno familiar, es en la escuela en donde se da el proceso fundamental de la inculcación o inculcización, según el cual se propicia la *“integración de un individuo o grupo en la cultura y en la sociedad con las que entra en contacto”*²⁵.

En otras palabras, se trata del mecanismo social a través del cual las generaciones presentes transmiten a las generaciones futuras el legado cultural recibido de las generaciones pasadas, en el ámbito de una misma comunidad, que favorece a los “educandos” el identificarse a un conjunto diferenciador de valores, lenguas, tradiciones, historia, filosofías, formas de vida e idiosincrasias.

Empero, por efecto de la existencia de minorías culturales o de personas migrantes, a más de lo anterior, pero por las mismas razones de ofrecer la oportunidad abierta a las identidades culturales, la tratada Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural asegura que: *“toda persona tiene derecho a una educación y una capacitación de calidad que respete plenamente su identidad cultural”* (artículo 5).

Igualmente, este proceso, desde el enfoque de los derechos humanos, y especialmente en resguardo del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, no puede en ninguna circunstancia ser adoctrinante o intelectual o moralmente “castrante”, pues ha de generarse dentro de un ambiente que fomente el análisis crítico y la creatividad reflexiva, estimulando el conocimiento y la valorización de los derechos humanos. Es lo que se conoce como educación en derechos humanos.

Y al mismo tiempo, la educación ha de tener por objetivo la generación de personas útiles para la sociedad, bien formadas, conocedoras de las formas de acceder a la información de interés y preparadas para intervenir proactivamente en los procesos de participación ciudadana en beneficio de la comunidad. Es lo que se llama educación para la ciudadanía, de la cual emergen por ejemplo la educación ambiental y la educación patrimonial o para el patrimonio cultural.

²⁵ Disponible en: <https://dle.rae.es/inculturaci%C3%B3n>, revisada en noviembre 2022.

Además, dada la interdependencia entre educación y diversidad cultural, las actitudes docentes y los programas educativos han de informar con la respectiva consideración sobre las distintas culturas, en términos de generar tolerancia y respeto y valorización de las manifestaciones culturales diversas.

En este sentido, la citada Declaración de Principios sobre la Tolerancia expresa que: *“La educación es el medio más eficaz de prevenir la intolerancia... Las políticas y los programas educativos deben contribuir al desarrollo del entendimiento, la solidaridad y la tolerancia entre los individuos, y entre los grupos étnicos, sociales, culturales, religiosos y lingüísticos, así como entre las naciones. La educación para la tolerancia ha de tener por objetivo contrarrestar las influencias que conducen al temor y la exclusión de los demás, y ha de ayudar a los jóvenes a desarrollar sus capacidades de juicio independiente, pensamiento crítico y razonamiento ético... Para ello hará falta conceder una atención especial al mejoramiento de la formación del personal docente, los planes de estudio, el contenido de los manuales y de los cursos y de otros materiales pedagógicos, como las nuevas tecnologías de la educación, a fin de formar ciudadanos atentos a los demás y responsables, abiertos a otras culturas, capaces de apreciar el valor de la libertad, respetuosos de la dignidad y las diferencias de los seres humanos y capaces de evitar los conflictos o de resolverlos por medios no violentos”* (artículo 4).

Así mismo, la comentada Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones señala que: *“El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad”* (artículo 5).

Y la señalada Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales establece que los Estados deben *“propiciar y promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad de las expresiones culturales mediante, entre otros medios, programas de educación y mayor sensibilización del público”* (artículo 10.a); e incitar a las personas y a los grupos a *“tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo”* (artículo 7.b).

III. La Declaración Universal de los Derechos Humanos como punto de partida. Una específica disposición que alude expresamente al derecho humano a la cultura

Acorde con la disposición del artículo 27 de la DUDH:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Tal como lo afirmamos al inicio de las presentes líneas, la DUDH sólo contiene un artículo relativo explícitamente a la cultura, excepción hecha obviamente de elementos centrales del derecho humano a la educación y del derecho humano a la protección de la familia, pero variadas de sus previsiones reconocedoras de derechos humanos, gracias a los principios de interdependencia y de progresividad de los derechos humanos nos invitan a entrar en el campo de la cultura, y concretamente en lo que conocemos como derechos humanos a la identidad cultural y a la diversidad cultural.

Lo anterior, aunado a otros tantos contenidos que comentaremos sucesivamente, ha llevado a muchos a hablar en plural de derechos culturales, y a otros de derecho humano a la cultura, en singular, como derecho “marco” o derecho “madre”, al objeto de darle contenido al derecho humano establecido en ese artículo 27: el *“derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”*.

Ahora bien, ya de suyo ese precepto conlleva la pluralidad, cuando contiene varias cosas diferentes ligadas al medio cultural, como lo son el derecho de autor y el derecho a la propiedad intelectual, que colocan a la cultura en interdependencia con el derecho a la propiedad y con la libertad económica, a lo que se contrae su numeral 2. Y, en cuanto a su numeral 1, el derecho a gozar de las artes y del progreso científico y sus beneficios, que se asocia al derecho de acceso a la cultura o, mejor dicho, a los bienes y servicios culturales, pero comprensivo también del derecho de acceso a la información en materia cultural, todo lo que es fundamental para el ejercicio del derecho humano al libre desenvolvimiento de la personalidad y del derecho humano a la identidad cultural; y, por supuesto, del derecho humano al patrimonio cultural, de cual hablaremos más adelante.

E igualmente su numeral 1 nos plantea que *“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”*, sobre lo cual habremos de detenernos, por su trascendencia y pertinencia.

En efecto, es tan importante esta parte del artículo, que la misma ha sido entendida como la síntesis de todos los derechos culturales, calificada también en singular de derecho humano a la cultura, con el intitulado transcrito, y con un alcance marco, como decimos, pues es comprensivo de todo cuando hemos expuesto como derechos humanos ligados al campo de la cultura, y de lo que seguidamente se expresará.

Y semejante análisis cabe aplicar también al caso de la DADDH, cuyo artículo 13 nos dice que:

“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.

En consecuencia, el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, de la DUDH, es el mismo derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, de la DADDH.

Y dicho esto, conviene ahora analizar el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶, aprobado en el marco de la ONU en 1966, el cual, a la postre, en lo cultural, a más de la prohibición de la discriminación (artículos 2 y 3), del derecho humano al tiempo libre (artículo 7) y del derecho humano a la protección de la familia (artículo 10), se reduce a tres grandes aspectos.

En primer lugar, ponemos de relieve que la base fundamental del derecho humano a la identidad cultural, en lo colectivo, y del derecho humano al respeto de la diversidad cultural, no es otra cosa que el derecho de libre determinación de los pueblos: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”* (artículo 1.1), en los mismos términos reconocido en el artículo 1.1 del citado Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En segundo lugar, el derecho humano a la educación (artículo 13.1), concebido en los referidos términos de educación para la ciudadanía y la educación en derechos humanos, y para la tolerancia, al expresar que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas*

²⁶ Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights> (revisada en noviembre 2022).

para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

Y, finalmente, en tercer lugar, el reconocimiento explícito del derecho humano a la cultura, en singular, como el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Así, la norma del artículo 15 dispone:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;*
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;*
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

Evidentemente esta norma recibe el mismo análisis hecho a las correspondientes de la DUDH y de la DADDH, de modo que el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, de la DUDH, es el mismo derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, de la DADDH, y el mismo derecho a participar en la vida cultural, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que esa diversa nomenclatura ha invitado a muchos a hablar de derechos culturales o simplemente de derecho humano a la cultura, en singular, para simplificar y uniformar.

Y por lo que respecta al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, más allá de la DADDH, nos encontramos primero con la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en 1969, la cual, al igual que

²⁷ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, revisada en noviembre 2022.

observamos ocurre con la DUDH, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la DADDH, reconoce expresamente una serie de derechos humanos que, gracias a los principios de interdependencia y de progresividad de los derechos humanos, nos permiten llegar de forma implícita a los derechos culturales.

Así, encontramos los derechos humanos a la protección de la vida privada y a la protección de la familia²⁸, la libertad de conciencia y de religión²⁹, la libertad de pensamiento y la libertad de expresión³⁰, la libertad de reunión³¹, la libertad de tránsito o de circulación³² y la prohibición de discriminación³³.

Y específicamente en lo concerniente a los derechos culturales, invocando su desarrollo progresivo, se limita a prever que: *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente*

²⁸ Art. 11.2: *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.*

Art. 17.1: *“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.*

²⁹ Art. 12: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

³⁰ Art. 13.1: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.*

³¹ Art. 15: *“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”.*

³² Art. 22: *“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”.*

³³ Art. 24: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.*

la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (artículo 26).

De esta manera, llegamos al Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴, suscrito en 1988, que comienza por reiterar una vez más la prohibición de discriminación³⁵, y de igual forma reconocer el derecho humano al tiempo libre³⁶, el derecho humano a la protección de la familia³⁷ y el derecho humano a la educación, también entendido sobre la educación para la ciudadanía y la educación en derechos humanos, y para la tolerancia, indicando que: “1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz” (artículo 13.1 y 2).

Y dada la especialidad en lo cultural del mencionado Protocolo de San Salvador, reconoce expresamente el derecho humano a la cultura, siguiendo para ello el modelo de la DUDH, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la DADDH, ameritando entonces similares comentarios, al señalar que: “Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; c. Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (artículo 14).

³⁴ Disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>, revisada en noviembre 2022.

³⁵ Art. 3: “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, - 6 - religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³⁶ Art. 7.h.

³⁷ Art. 15.1: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material”.

Por tanto, hemos de insistir, el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, de la DUDH, el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, de la DADDH, el derecho a participar en la vida cultural, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y ahora el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, del Protocolo de San Salvador, no obstante la distinta nomenclatura, no es otro que el mismo derecho humano a la cultura, marco de lo que muchos aluden en plural como derechos culturales.

Pero además de ello, el Protocolo de San Salvador nos presenta sin duda una nueva y muy interesante perspectiva, que es la vinculada al tema ambiental, porque ambiente y cultura hoy en día no presentan las diferencias que otrora les fueron asignadas.

En efecto, el citado Protocolo de San Salvador reconoce expresamente el derecho humano al ambiente, cuando al indicar que: “1. *Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.* 2. *Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*” (artículo 11). Y esta declaración motivó la extensión progresiva del derecho humano a la educación a dos vertientes especiales íntimamente conexas con la educación para la ciudadanía y la educación para los derechos humanos, que son la educación ambiental y la educación patrimonial o para el patrimonio cultural.

IV. Ambiente y cultura, dos caras de la misma moneda

Tan es cierta esta afirmación acerca de que el ambiente y la cultura son las dos caras de una misma moneda, que desde hace ya bastante tiempo el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se estiman contentivos no sólo de los DESC (sigla corrientemente utilizada en los sistemas universal e interamericano para referirse a los derechos económicos, sociales y culturales), sino de los DESCA o DESC-A (sigla entonces de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales). Y se creó en el sistema interamericano la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales³⁸.

En todo caso, la relación estrecha entre la protección del ambiente y el respeto de los derechos humanos y por ende de los derechos culturales fue muy bien puesta de bulto en la Resolución 48/13³⁹, aprobada por el Consejo de Derechos

³⁸ Disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DESCA/default.asp>, revisada en noviembre 2022.

³⁹ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/53/PDF/G2128953.pdf?OpenElement>, revisada en noviembre 2022.

Humanos de la ONU el 8 de octubre de 2021, cuyo punto 1: “*Reconoce el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos*”.

Y también en la Opinión Consultiva OC-23/17⁴⁰ del 15 de noviembre de 2017, emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos a solicitud de Colombia, donde se lee: “*De esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, surgen múltiples puntos de conexión por los cuales, ..., “todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio”* (punto 54).

Ahora bien, comencemos a partir de la génesis de tal vinculación conceptual, la cual encontramos en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano⁴¹, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1972, documento internacional que reconoció por primera vez en el mundo el derecho humano al ambiente, entendiéndolo en simbiosis permanente con lo humano, vale decir con lo cultural (lo artificial, lo construido, las tradiciones, etc.), por lo que habla de “medio ambiente humano”, previendo sus considerandos que: “*El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*”.

Y como consecuencia de ello, en su principio 1 reza: “*El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*”.

Este postulado no solamente nos pone de manifiesto la importancia de los conocimientos y formas de actuar del ser humano en relación con la naturaleza y desde la cultura, sino que nos trae nuevas nociones trascendentales como la noción de desarrollo sostenible, aunque aún no la llamaran de ese modo, al aludir a la equidad, al diálogo y a la responsabilidad intergeneracional, de lo cual emerge la

⁴⁰ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Revisada en noviembre 2022.

⁴¹ Disponible en: <https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972>. Revisada en noviembre 2022.

noción de patrimonio, entonces natural y cultural, sobre la que trataremos más adelante, al igual que los recientes derechos humanos al paisaje y a la ciudad, que comentaremos.

La idea de desarrollo sostenible empezó a tratarse más específica y notablemente en la campo ambiental-cultural, con ocasión de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴² y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible⁴³, aprobadas por la Asamblea General de la ONU respectivamente en 1992 y en 2002. Ambas van afinando con claridad la modalidad sostenible del desarrollo, insistiendo sobre los derechos de acceso a la información y a la participación ciudadana, en interdependencia con el derecho a la educación para la ciudadanía.

La primera entra al tema cultural en su principio 22: *“Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales.*

Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

Y la segunda en su postulado 17: *“Reconociendo la importancia de promover la solidaridad humana, hacemos un llamamiento para que se fomenten el diálogo y la cooperación mutua entre las civilizaciones y los pueblos del mundo, independientemente de consideraciones de raza, discapacidad, religión, idioma, cultura o tradición”.*

Y así hasta llegar a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁴⁴, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2015, en la que cobra relevancia el derecho humano a la educación en el objetivo de desarrollo sustentable (ODS) 4, insistiéndose notablemente en los temas ambientales propiamente en los ODS 6, 7, 13, 14 y 15, y entrando claramente en lo cultural, sin perjuicio de las aproximaciones posibles desde otros ODS, en el 11, dedicado a ciudades y comunidades sostenibles.

⁴² Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/DEPARTAMENTOS/0614/ASIGNAT/MEDIOAMBIENTE/TEMA%201/%20%20%20%20%20%20DECLARACI%C3%93N%20DE%20R%C3%8DO%201992.PDF, revisada en noviembre 2022.

⁴³ Disponible en: https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm. Revisada en noviembre 2022.

⁴⁴ Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>, Revisada en noviembre 2022.

Evidentemente la relación entre lo ambiental y lo cultural se hace del todo visible en el ámbito urbano o ciudadano, y todo ha conducido a que se vaya construyendo el concepto de derecho humano a la ciudad. Así, la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad⁴⁵, aprobada por el Foro Social de las Américas en 2004, en su artículo I.1 establece que: “*Todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones ..., así como a preservar la memoria y la identidad cultural...*”. A lo largo de este importante documento, y a la luz igualmente de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad⁴⁶, se pone de relieve la interdependencia de este derecho con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, destacando relevantes derechos ya comentados como los derechos a la educación para la ciudadanía y al acceso a la información, entre otros, y muy remarcablemente el derecho a la participación ciudadana, sobre el que volveremos.

Y particularmente su artículo XVI alude al derecho al ambiente, destacando que: “*1. Las ciudades deben adoptar medidas de prevención frente a la contaminación y ocupación desordenada del territorio y de las áreas de protección ambiental, incluyendo ahorro energético, gestión y reutilización de residuos, reciclaje, recuperación de vertientes, y ampliación y protección de los espacios verdes. 2. Las ciudades deben respetar el patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico y promover la recuperación y revitalización de las áreas degradadas y de los equipamientos urbanos*”, con lo que la interconexión ambiente-cultura queda expuesta.

Y aún existen dos ámbitos más en los que podemos evidenciar esta crucial interconexión, como lo son, por un lado, los derechos de los pueblos indígenas y, por el otro lado, el derecho humano al paisaje.

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁴⁷, suscrita en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, y la Declaración sobre los Pueblos Indígenas⁴⁸, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2007, parten de los derechos humanos a la identidad cultural y al respeto de la diversidad cultural, del reconocimiento de su patrimonio cultural inmaterial y de sus derechos a consulta previa y a la participación, a manera de garantizarles los derechos de

⁴⁵ https://www.ugr.es/~revpaz/documentacion/rpc_n5_2012_doc1.pdf. Revisada en noviembre 2022.

⁴⁶ Disponible en: <https://uclg-cisdp.org/es/noticias/carta-europea-salvaguarda-los-derechos-humanos-ciudad#:~:text=interesado%20en%20adherirte.-,La%20Carta%20Europea%20de%20Salvaguarda%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20en,la%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los>, revisada en noviembre 2022.

⁴⁷ Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf, revisada en noviembre 2022.

⁴⁸ *Ídem.*

propiedad y de posesión sobre sus tierras tradicionales y los recursos en ellas presentes. De especial interés resulta el artículo 25 de la citada Declaración sobre los Pueblos Indígenas: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”*; y su artículo 29.1: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”*.

Y por lo que respecta al derecho humano al paisaje, es conveniente partir de la definición que sobre paisaje nos trae el Convenio Europeo del Paisaje⁴⁹, suscrito en el marco del Consejo de Europa en 2000, cuyo preámbulo reconoce el carácter de bien común incluso transfronterizo del paisaje, de interés general en lo cultural, ecológico, medioambiental y social, y lo define en su artículo 1.a como: *“cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”*.

Este importante Convenio no reconoce explícitamente el derecho humano al paisaje, pero el mismo emerge de forma tácita de su contenido, gracias a la aplicación de los principios de interdependencia y de progresividad de los derechos humanos, particular, pero no únicamente de sus previsiones en cuanto a los derechos humanos a la educación para la ciudadanía, al acceso a la información y a la participación ciudadana.

En todo caso, son cuantiosos los documentos internacionales relativos al paisaje, que ponen de manifiesto la interconexión cultura-ambiente y contribuyen al entendimiento de su alcance como derecho humano, en interdependencia con los derechos culturales y ambientales. Recordemos ahora sólo algunos de los más relevantes, en orden cronológico: Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América⁵⁰, suscrita en Washington en 1940; Convenio relativo a la Conservación de la vida Silvestre y del Medio Natural en Europa⁵¹, suscrito en el marco del Consejo de Europa en 1979; Carta Internacional para la Conservación de Ciudades Históricas⁵², aprobada por el Consejo Internacional de los Monumentos y los Sitios (ICOMOS)

⁴⁹ Disponible en: <https://rm.coe.int/16802f3fbd>, revisada en noviembre 2022.

⁵⁰ Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/c-8.html>, revisada en noviembre 2022.

⁵¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A21979A0919%2801%29>, revidada en noviembre 2022.

⁵² Disponible en: <https://docplayer.es/41511811-Carta-internacional-para-la-conservacion-de-ciudades-historicas-y-areas-urbanas-historicas-carta-de-washington-1987.html>, revisada en noviembre 2022.

en 1987; Convenio sobre la Diversidad Biológica⁵³, suscrito en el marco de la ONU en 1992; Declaración de Quebec sobre la Preservación del Espíritu del Lugar⁵⁴, aprobada en 2008 por ICOMOS; Recomendación sobre el Paisaje Urbano Histórico⁵⁵, de la UNESCO de 2011; Declaración de Florencia sobre el Paisaje⁵⁶, aprobada por la UNESCO en 2012; Carta Iberoamericana del Paisaje Cultural⁵⁷, derivada del II Encuentro de Paisajes Culturales en 2012; Carta de Puebla sobre la Protección de los Paisajes Patrimoniales⁵⁸, de la Primera Jornada de Paisajes Patrimoniales, Investigación y Gestión en el Siglo XXI de 2014; Carta del Paisaje de las Américas⁵⁹, de la Conferencia Regional de IFLAS Américas de 2018; y tantos otros de naturaleza gubernamental o no gubernamental y siempre de carácter internacional.

Mención aparte cabe hacer del proyecto de Convenio Latinoamericano del Paisaje⁶⁰, preparado y difundido por la Iniciativa Latinoamericana del Paisaje (LALI) en 2016, que marca definitivamente el camino al partir, en su exposición de motivos, del reconocimiento expreso del derecho humano al paisaje: “El Derecho al Paisaje es un conjunto de derechos y obligaciones de carácter ambiental, social, económico, colectivo y fundamental para el buen vivir de los hombres”. Y evidencia la interconexión cultura-ambiente al definir el paisaje en su artículo 2.1: “es el espacio-tiempo resultado de factores naturales y humanos, tangibles e intangibles que al ser percibido y modelado por la sociedad refleja la diversidad de las culturas”.

⁵³ Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>, revisada en noviembre 2022.

⁵⁴ Disponible en: <https://icomos.es/wp-content/uploads/2020/01/13.DECLARACION%20C3%93N-DE-QUEBEC.pdf>, revisada en noviembre 2022.

⁵⁵ Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=48857&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, revisada en noviembre 2022.

⁵⁶ Disponible en: https://laliniciativablog.files.wordpress.com/2012/11/declaracion-de-florencia-sobre-el-paisaje-2012_esp.pdf, revisada en noviembre 2022.

⁵⁷ Disponible en: <https://laliniciativablog.files.wordpress.com/2013/04/carta-iberoamericana-del-paisaje-cultural.pdf>, revisada en noviembre 2022.

⁵⁸ Disponible en: http://www.todopatrimonio.com/pdf/carta_Puebla-paisajes.pdf, revisada en noviembre 2022.

⁵⁹ Disponible en: https://www.ufpe.br/documents/39726/0/08.Carta+de+las+Americas_final_12.pdf/1c7926b7-4667-4bee-ae7b-fce008af9f9b, revisada en noviembre 2022.

⁶⁰ Disponible en: https://laliniciativablog.files.wordpress.com/2018/06/171103_convenio-paisaje-expos-motivos.pdf, revisado en noviembre 2022.

V. El derecho humano al patrimonio cultural

Dentro de ese tan amplio como hemos visto universo de los derechos culturales, en plural, o contenidos del derecho humano a la cultura, en singular, nos encontramos con un derecho de gran trascendencia en la materia, obviamente en total y evidente interdependencia con los demás, como lo es el derecho humano al patrimonio cultural.

Pues bien, de este derecho humano se comienza a hablar formalmente a partir de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural⁶¹, suscrita en el marco de la UNESCO en 1972, no obstante que ella no haya hecho un reconocimiento explícito del mismo. Y ello ha sido incontestablemente así, en razón de que dispone concretas obligaciones a cargo de los Estados, que no son otra cosa que la contrapartida lógica de un derecho humano de orden cultural y ambiental, cuyo contenido es esbozado en su artículo 4: *“Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico”*.

En consecuencia, el derecho humano al patrimonio cultural y natural consiste en el derecho que tienen todas las personas a que ese patrimonio, noción que de suyo invita al diálogo intergeneracional, indispensable para el desarrollo sostenible, sea identificado, protegido, conservado, rehabilitado y transmitido a las generaciones futuras. Se trata entonces de la garantía de su conservación, del acceso, de la contemplación y del disfrute.

Además, es patente la necesaria interdependencia en el goce efectivo de este derecho humano, con los derechos humanos a la identidad cultural, al respeto de la diversidad cultural, a la educación para la ciudadanía, ambiental y patrimonial, al acceso a la información y a la participación ciudadana, en conjunto con todos y cada uno de los derechos humanos y libertades de las que hemos tratado previamente.

Ahora bien, antes de abordar en mayor profundidad el derecho humano al patrimonio cultural, es menester hacer ver que además de la indicada Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, siempre reiterando la aplicabilidad de los textos internacionales diversos ya comentados, existe una gran cantidad de otros textos internacionales relevantes, dentro de los cuales podemos mencionar: Convención para la Salvaguarda del Patrimonio

⁶¹ Disponible en: <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>, revisada en noviembre 2022.

Arquitectónico de Europa⁶², suscrita en el marco del Consejo de Europa en 1985; Convenio Europeo para la Protección de Patrimonio Arqueológico, suscrito en el marco del Consejo de Europa en 1992⁶³; Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, suscrita en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1976⁶⁴; Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial⁶⁵, suscrita en el marco de la UNESCO en 2003; y, Declaración de Xi'an sobre la Conservación del Entorno de las Estructuras, Sitios y Áreas Patrimoniales⁶⁶, de ICOMOS de 2005.

Por tanto, debe tenerse presente que la trascendental y mencionada Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, si bien jugó el rol esencial de ser el detonante de un nuevo derecho humano cultural, como lo es el derecho humano al patrimonio cultural, termina refiriéndose a una perspectiva de ese derecho humano, cual es la del patrimonio mundial, cultural y natural, es decir, a lo que se conoce como el patrimonio cultural o natural de la humanidad.

Desde esta perspectiva, tenemos que en sus artículos 1 y 2 este tratado internacional deja claramente establecido que su régimen protector se aplica específicamente a aquellos monumentos, conjuntos o lugares (lo cultural), monumentos naturales, formaciones o zonas naturales (lo ambiental o natural), que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte, de la ciencia, de lo estético, lo etnológico o antropológico, de la conservación o de la belleza natural, a juicio del Comité del Patrimonio Mundial, por lo que ameriten ser incluidos en la Lista del Patrimonio Mundial, siguiendo el procedimiento y cumpliendo los parámetros previstos por las entidades pertinentes de la UNESCO. Es por esto por lo que esta protección se cataloga de naturaleza internacional, y como vimos se reserva al patrimonio cultural y natural material.

⁶² Disponible en: http://www.culturandalucia.com/ALMER%C3%8DA/PROTECCION_PATRIMONIO_ARQUITECTONICO_convencion_granada_1985.pdf, revisada en noviembre 2022.

⁶³ Disponible en: https://ge-iic.com/files/Cartasydocumentos/1992_La_Valetta.pdf, revisada en noviembre 2022.

⁶⁴ Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_C-16_Convencion_Defensa_Patrimonio_Arqueologico.asp, revisada en noviembre 2022.

⁶⁵ Disponible en: <https://ich.unesco.org/es/convenci%c3%b3n>, revisada en noviembre 2022.

⁶⁶ Disponible en: <https://www.icomos.org/images/DOCUMENTS/Charters/xian-declaration-sp.pdf>, revisada en noviembre 2022.

Y sobre la misma línea operan las previsiones de la indicada Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, que es aplicada por un Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en el seno de la UNESCO, que de considerarlo justificado incluirá en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, siguiendo el procedimiento y parámetros previstos, las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial, las artes del espectáculo, los usos sociales, rituales y actos festivos, los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y las técnicas artesanales tradicionales.

De esta manera, estas dos Convenciones tienden a la tutela del derecho humano al patrimonio cultural y natural de la humanidad, tanto material, la primera, como inmaterial o intangible, la segunda.

Empero, lo anterior nos invita a preguntarnos acerca de aquellos elementos patrimoniales culturales o naturales, materiales o inmateriales que no estén inscritos en las referidas Listas. Siendo que tal ausencia de registro por la UNESCO pueda deberse a que tras su consideración se estimó que no revisten ese valor universal excepcional, o a que sencillamente aún no ha habido pronunciamiento o ni siquiera han sido sometidos a estudio a través de una específica demanda de inscripción por parte de un Estado. Es decir, a esas manifestaciones que por tal razón no pueden ser consideradas como patrimonio mundial o como patrimonio de la humanidad, pero que no por ello dejan de ser conceptualmente hablando expresiones concretas del patrimonio cultural o natural de un conjunto de países, o de un país, una región, una comunidad o una localidad.

Y la respuesta está en la misma pregunta, pues si se trata de patrimonio cultural o natural, asunto que vía identificación, valorización y sensibilización lo decide una comunidad dada, cuyos miembros se identifican a ese elemento que puede ser material o inmaterial, arquitectónico o histórico, religioso, tradicional, culinario, vestimenta, música, conocimientos, etc., es obvio que integra un concepto más amplio que el de patrimonio cultural y natural mundial o de la humanidad, que es el de patrimonio cultural y natural, pura y simplemente, que como hemos visto, a la luz de los textos internacionales comentados y enlazados, y de los principios de interdependencia y de progresividad de los derechos humanos, aplicados al derecho humano a la cultura, ameritan una salvaguarda de orden nacional, que garantice su identificación, protección, conservación, rehabilitación, gestión participativa racional y sostenible, acceso, contemplación, disfrute y transmisión a las generaciones futuras.

Existe pues el derecho humano al patrimonio cultural y natural, como género, del cual una especie es el derecho humano al patrimonio mundial, cultural o natural de la humanidad.

Y digamos para concluir este punto, que los diversos patrimonios culturales han de estar en interrelación a favor de la creación de más y más cultura, razón por la cual la antes tratada Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural señala en su artículo 7: *“La creatividad tiene sus orígenes en las tradiciones*

culturales pero se desarrolla plenamente en contacto con otras culturas. Por esta razón el patrimonio, en todas sus formas, debe preservarse, valorizarse y transmitirse a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y aspiraciones humanas, a fin de estimular la creatividad en toda su diversidad e inspirar un verdadero diálogo entre culturas”.

VI. El derecho humano a la participación ciudadana en lo cultural. La libertad asociativa

Si recordamos los enunciados que, sobre el derecho humano a la cultura, en singular, nos traen la DUDH: el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad; la DADDH: el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el derecho a participar en la vida cultural; el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad; podemos apreciar que estos cuatro textos internacionales fundamentales, dos universales y dos regionales interamericanos, tienen como denominador común la idea de que este derecho se ejerce esencialmente mediando la participación ciudadana en lo cultural.

Y para ello, obviamente, se requiere de una ciudadanía sensibilizada, bien informada, formada y motivada para obrar útilmente en provecho de la comunidad, y es la razón por la que hemos insistido en el derecho humano a la educación y especialmente en sus conceptualizaciones de educación para la ciudadanía, educación ambiental y educación patrimonial, como uno de los cruciales derechos culturales en plural, o parte importante del derecho humano a la cultura en singular, a favor de personas capaces de servirse desde la tolerancia, de su derecho al desenvolvimiento de su personalidad, de sus libertades de reunión, de expresión, de pensamiento, consciencia y religión, etc.

Es en este momento prudente tomar en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁷, suscrita en el marco del Fondo Mundial para la Infancia (UNICEF) de 1989, que a más de asegurar a los menores de 18 años un trato sin discriminación, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, consciencia y religión, la protección de la vida privada y familiar, el derecho de acceso a la información, el derecho a la participación ciudadana y el derecho a la identidad cultural, les garantiza una educación conforme a los parámetros ya esbozados, cuando en su artículo 29 indica sus objetivos: “a) *Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;* b) *Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;* c) *Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia*

⁶⁷ Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, revisada en noviembre 2022.

identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”.

Y todo ello, al objeto de que el niño pueda ejercer a cabalidad su derecho humano a la cultura, concebido en esos términos de participación ciudadana, cuando observamos que su artículo 31 expresa que: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño ... a participar libremente en la vida cultural y en las artes. 2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento”.

Y toda esta referencia reiterativa a participar en la vida cultural, más allá de creer ingenuamente que se trata nada más que de la posibilidad de crear arte, escribir literatura, pintar cuadros, esculpir, actuar, preparar platillos de la cultura culinaria, diseñar trajes típicos, danzar, o de acudir y disfrutar de espectáculos teatrales, cinematográficos, exposiciones, asistir a museos, etc., que bien está allí comprendido, va mucho más lejos en su alcance, junto a la interdependencia de todos y cada uno de los derechos humanos mencionados y otros, a la idea de intervención efectiva de las personas y las comunidades en la gestión de la cultura en general y del patrimonio cultural y natural en particular.

Es decir, que las personas puedan efectivamente gozar de su derecho de acceso a la información pública en materia cultural, al igual que de su derecho a ser consultadas y a intervenir realmente en el diseño y gestión de las políticas públicas culturales, y a impugnarlas administrativa y judicialmente, junto a sus ejecutorias, cuando estimen que lesionan sus derechos humanos, por ejemplo, a la identidad cultural y al respeto de la diversidad cultural.

Siendo la cultura un tema de derechos humanos, su gestión racional y sostenible no puede ser llevada a cabo a espaldas de las comunidades. Las personas, individual y colectivamente, al tratarse de derechos de naturaleza individual, colectiva o difusa, según las circunstancias, han de poder participar activamente en los procesos tendentes a la identificación, protección, conservación, rehabilitación, gestión racional y sostenible, acceso, contemplación, disfrute, creación y transmisión a las generaciones futuras de todas las manifestaciones y expresiones culturales.

Y no es por otra cosa que, en interdependencia con este derecho humano a la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones públicas susceptibles de afectar su calidad de vida, en lo cultural y en lo natural, que no ha de ser confundido con el derecho humano a la participación política o derechos

políticos, que la ya comentada Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales dispone en su artículo 11 que: *“Las Partes reconocen el papel fundamental que desempeña la sociedad civil en la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Las Partes fomentarán la participación activa de la sociedad civil en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos de la presente Convención”*.

Y en el mismo orden de ideas, en textos ya aludidos, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 22), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16) y la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 15), reconocen la libertad asociativa, específicamente con fines culturales, como una herramienta que facilita la participación ciudadana, por medio de la sociedad civil organizada en Organizaciones No Gubernamentales (movimiento asociativo, sociedades civiles, asociaciones, fundaciones, etc).

Desde otra perspectiva, pero siguiendo siempre desde el campo de la interdependencia entre los derechos humanos, es obvio que para que haya la posibilidad de que efectivamente se dé la participación ciudadana, como una manifestación social democrática y espontánea, las personas han de estar sensibilizadas, motivadas, estimuladas, formadas e informadas, con todos los contenidos esenciales que hemos aludido en torno a los derechos humanos de acceso a la información pública y a la educación ciudadana, pues la participación es un corolario de la información, tanto para la toma de la decisión, como para su ejecución, control e impugnación.

Conocer la propuesta de política pública o decisión administrativa, el órgano o dependencia competente, el procedimiento respectivo, su contenido preciso y objetivos, ser sujeto de mecanismos de consulta pública, incluso con carácter vinculante, y demás detalles pertinentes.

Y es por lo que resulta fundamental traer a colación, desde la perspectiva de la demostrada interconexión entre cultura y ambiente (“medio ambiente humano”), los ejes transversales e interdependientes, porque, insistimos, todo esto de la educación para la ciudadanía debe generar una persona con acceso a la información, que sepa dónde buscarla, que esté preparada para tratar y comprender esa información, que pueda participar en los procesos administrativos de toma de decisiones, y que esté en posibilidades de ejercer una acción en justicia para hacer valer estos derechos y estos intereses legítimos en el ámbito de la cultura, cuando sea menester.

Es por ello que hemos de mencionar dos tratados internacionales de gran relevancia en los temas de gestión pública de la cultural y muy particularmente del patrimonio cultural y del patrimonio natural, como lo son, a nivel global, el Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente o

Convenio de Aarhus⁶⁸, suscrito en el marco de la ONU en 1998; y a nivel regional, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe o Acuerdo de Escazú⁶⁹, suscrito en el marco de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en 2018.

VII. La Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales y el Relator Especial de los Derechos Culturales

Gracias a los trabajos del Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales, en la Universidad de Friburgo, en Suiza, junto a la Organización Internacional de la Francofonía y la UNESCO, el 7 de mayo de 2007, fue presentada la así conocida Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales⁷⁰.

No estamos ante un tratado internacional, ni tampoco ante una resolución oficial de una organización internacional, pero indudablemente sí ante un documento referente de gran trascendencia, por contener un ensayo de compilación de los derechos culturales, que en definitiva, como puede apreciarse de su simple lectura, termina aludiendo, como lo hemos hecho mucho más sistemáticamente en las presentes líneas, a los diversos derechos humanos que pueden ser más o menos directamente vinculados a la cultura, en función precisamente de los principios de interdependencia y de progresividad de los derechos humanos, en general.

En este orden de ideas, no podemos negar el valor de “*soft law*” de gran ayuda en la interpretación y la precisión de los derechos humanos culturales, aunque habría que aceptar que su contenido, al no ser más que referencias a derechos humanos bien reconocidos en la DUDH, en la DADDH y en los demás textos internacionales oficiales estudiados, es sin duda alguna perteneciente al “*hard law*”, ambas figuras de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, en su artículo 1 leemos que: “*Los derechos enunciados en la presente Declaración son esenciales para la dignidad humana; por ello forman parte integrante de los derechos humanos y deben interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. En consecuencia: a. Estos derechos deben garantizarse sin discriminación alguna por motivos de color, sexo, idioma, religión, convicciones políticas o de cualquier otra índole,*

⁶⁸ Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aarhus.pdf. Revisada en noviembre 2022.

⁶⁹ Disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>. Revisada en noviembre 2022.

⁷⁰ Disponible en: https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf. Revisada en noviembre 2022.

ascendencia, origen nacional o étnico, origen o condición social, nacimiento o cualquier otra situación a partir de la cual la persona define su identidad cultural; b. Nadie debe sufrir o ser discriminado de manera alguna por el hecho de ejercer, o no ejercer, los derechos enunciados en la presente Declaración...”.

Por otra parte, por ejemplo, su artículo 3 se refiere explícitamente a los derechos humanos a la identidad cultural y al respeto de la diversidad cultural “*en conexión con la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y de expresión*”, y al derecho humano al patrimonio cultural “*a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información*”.

El artículo 6 condiciona el derecho a la educación a que “*las necesidades educativas fundamentales, contribuyan al libre y pleno desarrollo de su identidad cultural, siempre que se respeten los derechos de los demás y la diversidad cultural*”.

El artículo 7 al tratar acerca del derecho de acceso a la información habla del “*derecho a recibir una información libre y pluralista, que contribuya al desarrollo pleno libre y completo de su identidad cultural en el respeto de los derechos del otro y de la diversidad cultural*”.

El artículo 5 reconoce “*el derecho de acceder y participar libremente, sin consideración de fronteras, en la vida cultural*”, comprendiendo ello la libertad de ejercer “*las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales*”.

Y el artículo 8 nos trae el derecho humano a la participación ciudadana “*En la elaboración, la puesta en práctica y la evaluación de las decisiones que la conciernen y que afectan el ejercicio de sus derechos culturales*”.

Por otra parte, conviene tener en cuenta la existencia del Relator Especial en la Esfera de los Derechos Culturales, cuyo mandato fue renovado mediante Resolución Nro. A/HRC/RES/46/9⁷¹ dictada el 23 de marzo de 2021 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, con la finalidad de “*dar una mayor visibilidad a los derechos culturales en el sistema de derechos humanos; y fomentar un mejor entendimiento sobre la gravedad de sus violaciones y las oportunidades de su realización para cada persona*”⁷².

Y muy particularmente considerar en detalle el documento “*Derechos culturales: informe del décimo aniversario*”⁷³, que forma parte del Informe anual

⁷¹ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/077/74/PDF/G2107774.pdf?OpenElement>. Revisada en noviembre de 2022.

⁷² Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-cultural-rights>. Revisada en noviembre de 2022.

⁷³ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/010/55/PDF/G1901055.pdf?OpenElement>. Revisada en noviembre de 2022.

del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, presentado con ocasión del 40 periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de 25 de febrero al 22 de marzo de 2019, que, no obstante no afirmarlo de esa manera, deja a todas luces evidenciada la certeza de nuestra propuesta, acerca de que del derecho de todos a participar libremente en la vida cultural, en singular, se desprende el conjunto de los denominados derechos culturales, en plural, siempre en interdependencia con todos los derechos humanos, y en especial con los que hemos esbozado en el presente estudio, siempre partiendo de la prohibición de discriminación.

VIII. El derecho humano a la cultura es de libertad y también prestacional

Como todo derecho humano, los derechos culturales, en plural, o el derecho humano a la cultura, en singular (así o como derecho a participar libremente en la vida cultural), amerita la interrogación de saber si se trata de un derecho de libertad, o de un derecho prestacional.

Y como sabemos que los derechos de libertad son aquellos que requieren abstención total por parte del Estado, que sólo puede asistir pasivamente a la realización de esos derechos por parte de sus personas titulares, sin poder en forma alguna interferir o menoscabar su ejercicio, como ocurre por ejemplo con el derecho humano a la vida; mientras que los derechos prestacionales son aquellos para cuyo ejercicio es fundamental o preciso que el Estado actúe de forma de favorecer o hacer posible su ejercicio; entonces habremos de concluir en que el derecho humano a la cultura reviste ambas naturalezas, simultáneamente.

En efecto, el derecho humano a la cultura es, por una parte, un derecho de libertad, toda vez que el Estado encuentra un límite en su posibilidad de injerencia, es decir un espacio en el cual no puede intervenir, para dejar que las personas se identifiquen culturalmente y expresen y manifiesten sus contenidos culturales, ancestrales, sus conocimientos, su sabiduría intergeneracional o derivada de la auto decidida transculturación, etc.

El Estado ha de ser un promotor de la identidad o de las identidades culturales de las comunidades humanas que lo integran, y un respetuoso de la diversidad cultural al interior y al exterior de su territorio, y como servidor del pueblo no puede plantearse propiciar una transculturación impuesta.

La persona, la comunidad, elige, se identifica ancestralmente o desde la contemporaneidad, y expresa libremente sus manifestaciones culturales, sin injerencia del Estado.

Pero, por otro lado, el derecho humano a la cultura es también un derecho prestacional, porque el Estado -como lo establecen estas convenciones y tratados internacionales que hemos citado a lo largo de estas líneas-, está en la obligación de dictar y ejecutar medidas legislativas, administrativas y judiciales que permitan el acceso a los bienes, servicios y manifestaciones culturales sin discriminación alguna, así como a identificar, proteger, conservar, rehabilitar las expresiones culturales y el patrimonio cultural en particular, su manejo racional y sostenible y su transmisión a las generaciones futuras, a más de facilitar el acceso a la información, consultar a las comunidades sobre la gestión cultural, promover la participación ciudadana, etc.

IX. Conclusión

El derecho humano marco a la cultura, en consecuencia, no es solamente el derecho a ir al teatro, al cine, al concierto, etc., o a construir, esculpir, pintar, exhibir, todo lo cual sin duda lo integra, pero también conlleva el derecho a autodefinirse culturalmente, individual y colectivamente, y a que esa identidad sea valorada dentro del universo de la diversidad cultural, a difundir y practicar dentro de la tolerancia su propio mensaje cultural y el derecho a descubrir expresiones culturales de otras comunidades vía derecho a la información, y ello dentro del respeto y de la tolerancia, y con ánimo de creatividad y enriquecimiento mutuo.

La cultura, como bien jurídico tutelado y dentro del concierto de los derechos humanos, requiere de políticas públicas de educación para la ciudadanía, identificación, valoración, tutela, restauración, conservación, gestión racional y transmisión a las generaciones futuras desde un espíritu de desarrollo sostenible, con acceso a la información, consulta pública y participación ciudadana, además de acciones judiciales de las personas y comunidades que puedan verse afectadas en su calidad de vida.

Ello conduce a la protección integral del aseguramiento del goce efectivo de los derechos humanos culturales, es decir, de los derechos humanos al ambiente, a la ciudad, al paisaje, al patrimonio cultural y natural, a la identidad cultural, al respeto de la diversidad cultural, a la educación para la ciudadanía, al acceso a la información cultural, a la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones en materia de cultura, y a los demás principios, libertades y derechos humanos vinculados, acorde con los principios de progresividad e interdependencia de los derechos humanos, y en provecho de las generaciones presentes y futuras.

El derecho humano a la cultura o derecho humano a participar libremente en la vida cultural reúne en sí lo que comúnmente son en plural los llamados derechos culturales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL, Derechos Culturales y Desarrollo Humano: Publicación de textos del Diálogo del Fórum Universal de las Culturas de Barcelona 2004, Fundación Interarts, Madrid, 2004. Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-culturales-y-desarrollo-humano-publicacion-de-textos-del-dialogo-del-forum-universal-de-las-culturas-de-barcelona-2004--0/>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

BECERRIL MIRÓ, José Ernesto, *Cambiando el paradigma para la protección del patrimonio cultural en México: su identificación como derecho humano y social*, Universidad Marista, México, 2016. Disponible en: https://www.academia.edu/19900607/CAMBIANDO_EL_PARADIGMA_PARA_LA_PROTECCION_DEL_PATRIMONIO_CULTURAL_EN_MEXICO_SU_RECONOCIMIENTO_COMO_DERECHO_HUMANO_Y_SOCIAL. Consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto, “La Protección de la Ciudad en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”, en *Revista TachireNSE de Derecho*, Nro. 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela, enero-diciembre 1998. Disponible en: <https://aveda.org.ve/wp-content/uploads/2021/02/abu010.pdf>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

____ “El ciudadano frente a la defensa jurídica del ambiente en Venezuela”, en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo III, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, España, 2003. Disponible en: <https://aveda.org.ve/wp-content/uploads/2021/02/abu016.pdf>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

____ “La Definición del Derecho-Deber Individual y Colectivo al Ambiente en Derecho Constitucional Comparado”, *Colección Nuevos Autores* Nro. 9, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2005. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/documents/10184/171159/Nuevos+Autores+N%C2%B0+9/817b2fda-134d-4f3e-86f5-49e0ce956580>. Consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

____ “La Idea Democrática de “Participación” para la Protección del Ambiente. Corresponsabilidad en la Protección Ambiental, una forma de Participar”, en *Revista de Derecho Público*, Nro. 2009-1, “Derecho Ambiental – I”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2009.

____ *El Derecho Humano a la Participación Ciudadana. Acerca de la Promoción de ese Derecho por el Estado Venezolano*, Cuadernos de la Cátedra Allan-R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, Nro. 41, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2020.

_____ “El Paisaje: Puente entre el Derecho al Ambiente y el Derecho al Patrimonio”, en Claudio García, Luz Elena y Novelo González, Roberto (compiladores), *Entornos desde el Interior: Estudios sobre el Paisaje*, ACAMPA, Academia Mexicana de Paisaje, A.C., Zapopan, Jalisco, México, 2019. Disponible en: https://b0898e7c-3693-4f39-8a80-09638ae0dcab.filesusr.com/ugd/1dc00a_d30e4c2a1f3a456aaad28df4468746f4.pdf, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

_____ “Patrimonio, Infancia, Adolescencia y Derechos Humanos”, en *Dialoghi Mediterranei, periodico bimestrale dell'Istituto Euroarabo di Mazara del Vallo (Scientific Journal, Italy)*, enero 2021. Disponible en: <http://www.istitutoeuroarabo.it/DM/patrimonio-infancia-adolescencia-y-derechos-humanos/>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

_____ “El ocio, mi derecho”, en *websmbook.com*, enero 2021. Disponible en: <https://www.websmbook.com/el-ocio-mi-derecho/>, consultado en fecha 7 de noviembre 2022.

_____ “El Derecho Humano al Paisaje y la Calidad de Vida”, en *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, Tomo II, Allan Brewer-Carias y Carlos Ayala Corao (Coordinadores), Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/disponible-a-texto-completo-el-libro-homenaje-al-dr-pedro-nikken-tomo-ii/> y https://www.academia.edu/51109361/El_derecho_humano_al_paisaje_y_la_calidad_de_vida, consultados en fecha 7 de noviembre de 2022.

_____ “Cultura y Derechos Humanos. Educación y Derechos Culturales”, en *Rivista Culture Digitali*, Digital Cultural Heritage School (DiCultHer), European Cultural Project (ECP), Associazione Internazionale DiCultHer, agosto 2021. Disponible en: <https://www.diculther.it/rivista/cultura-y-derechos-humanos/>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

_____ “La Tutela del Derecho Humano al Paisaje”, en *Retos del Derecho Público en la Tercera Década del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor José Luis Villegas Moreno*, Coordinadores José Araujo-Juárez y Víctor Hernández-Mendible, Editorial Jurídica Venezolana Internacional y Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) de la Universidad Monteávila, Caracas, 2021.

_____ “Patrimonio cultural en peligro en Cochabamba, Bolivia”, en *EdA Esempi di Architettura* (online), vol. 1, March, 2022. Disponible en: <http://esempidiarchitettura.it/sito/eda-2022/> y http://www.esempidiarchitettura.it/sito/journal_pdf/PDF%202022/5.%20BLANCO-URIBE%20QUINTERO_EDA_1_2022.pdf, consultados en fecha 7 de noviembre de 2022.

_____ “La Declaración de Estocolmo y el Derecho al Patrimonio Cultural y Natural”, en *Estocolmo +50. Retos y compromisos. Principios ambientales*, Alberto Blanco-Urbe Quintero y Ma. Maritza Da Silva D. (coordinadores), Vitalis, junio 2022. Disponible en: <https://vitalis.net/wp-content/uploads/2022/04/Cuadernillo-de-principios-ambientales-final.pdf>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

CHECA-ARTASU, Martín, “El Paisaje como Bien Común y como un Derecho. Algunas Reflexiones”, en *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XXIII. Núm. 1.251, Universitat de Barcelona, 15 de octubre de 2018. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-1251.pdf>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

DE ALBA FERNÁNDEZ, Nicolas, GARCÍA PÉREZ, Francisco y SANTISTEFAN FERNÁNDEZ, Antoni (Editores), *Educación para la participación ciudadana en la enseñanza de las ciencias sociales*, Volúmenes I y II, Asociación Universitaria de Profesorado de Didáctica de las Ciencias Sociales, Sevilla, 2012. Disponibles en: <https://www.miteco.gob.es/es/ceneam/recursos/pag-web/educar-participacion-ciudadana-ensenanza-sociales.aspx>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

EUSTACHE RONDÓN, Maurice Germán, “El patrimonio cultural en el derecho venezolano”, *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2016. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIODAUCV/2016/DAUCV_2016_210-330.pdf, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

FONTAL MERILLAS, Olaia, *Cómo educar en el patrimonio. Guía de actividades de educación patrimonial*, Comunidad de Madrid, Madrid, 2020. Disponible en: <https://www.comunidad.madrid/cultura/patrimonio-cultural/libro-educar-patrimonio>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Due Process of Law Foundation, Washington, 2013. Disponible en: <https://dplf.org/es/resources/digesto-de-jurisprudencia-latinoamericana-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-la>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, “El derecho a la ciudad”, Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 2011. Disponible en: https://www.academia.edu/36495270/El_derecho_a_la_ciudad_2011_, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

MANIATIS, Antonio, “Hay un derecho al turismo?”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nro. 40, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-junio 2019. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13231>. Consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

MOLANO, Olga Lucía, “Identidad cultural un concepto que evoluciona”, en *Revista Ópera*, Nro. 7, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/1187/1126>, consultado en fecha 7 de noviembre 2022).

PRIEUR, Michel et DUROUSSEAU, Sylvie, *Étude de droit comparé sur la participation du public en matière de paysage dans le contexte de la mise en œuvre de la Convention européenne du paysage*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806f4788>, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

SALAS QUINTANAL, Hernán, SERRA PUCHE, Mari Carmen y GONZÁLEZ DE LA Fuente, Íñigo (Editores), *Identidad y Patrimonio Cultural en América Latina. La diversidad en el mundo globalizado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013. Disponible en: https://www.academia.edu/15476109/Identidad_y_patrimonio_cultural_en_Am%C3%A9rica_Latina_La_diversidad_en_el_mundo_globalizado, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

SULVARÁN LÓPEZ, José Luis y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Miguel (Coordinadores), *Patrimonio, territorio y buen vivir: una mirada desde el sur*, Universidad Intercultural de Chiapas, México, 2017. Disponible en: https://www.academia.edu/35860742/Libro_Patrimonio_territorio_y_buen_vivir_Una_mirada_desde_el_sur_, consultado en fecha 7 de noviembre de 2022.

ZULUAGA VARÓN, Diana Carolina, *El Derecho al Paisaje en Colombia. Consideraciones para la Definición de su Contenido, Alcance y Límites*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015.