

Derecho *y* Sociedad

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

No. 18 – 2021



Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
de la Universidad Monteávila

Derecho *y* Sociedad 18



Diciembre 2021

© Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

Reservados todos los derechos

Derecho y Sociedad No. 18–2021 | Diciembre 2021

Envío de convocatoria 15 de junio de 2021

Recepción de artículos 05 de octubre de 2021

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje doble ciego

Depósito Legal: MI2021000541

ISSN-L: 1317-2778

ISSN: 1317-2778 (Impresa)

ISSN: 2790-380X (En línea)

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Derecho y Sociedad es una Revista de publicación semestral

Derecho y Sociedad es una publicación de carácter científico, arbitrada, indexada, de frecuencia bianual, dedicada al estudio y difusión del Derecho, que cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web de *Derecho y Sociedad* (www.derysoc.com), y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demand* y librerías jurídicas especializadas.

Derecho y Sociedad es una revista jurídica de convocatoria abierta en la que durante la convocatoria los distintos profesores, estudiantes, investigadores y profesionales dedicados al estudio del Derecho y otras Ciencias Sociales envían sus trabajos al Consejo Editorial para que ésta realice el proceso de arbitraje doble ciego por pares de dichos trabajos. Es un proyecto sin fines de lucro, lo que significa que los autores publican sus artículos de forma gratuita.

Las Autoridades de la Universidad Monteávila, el Consejo Editorial y el Consejo Asesor de *Derecho y Sociedad*, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.

DERECHO Y SOCIEDAD

**REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA**

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
derechoysociedad@uma.edu.ve
Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623 Web:
www.uma.edu.ve / www.derysoc.com

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD
MONTEÁVILA**

Eugenio Hernández-Bretón

Decano

Katuska Plaza Brito

Directora de la Escuela de Derecho

Eucaris Meza de Valdivieso

Coordinadora Académica

CONSEJO EDITORIAL DE DERECHO Y SOCIEDAD

Carlos García Soto

Director

Fernando Sanquírigo Pittevil

Subdirector

Daniela Urdaneta

**Coordinadora del Consejo
Editorial**

Caterina Jordan Procopio

**Asistente del Consejo
Editorial**

Rodrigo Farías Díaz

Asesor del Consejo Editorial

CONSEJO ASESOR DE DERECHO Y SOCIEDAD

Guillermo Tell Aveledo

María Bernardoni de Govea

Marcos Carrillo

Jesús María Casal

María Alejandra Correa

Résmil Chacón

Rafael J. Chavero G.

Faustino Flamarique

José Ignacio Hernández G.

Pedro Jedlicka

Rogelio Pérez Perdomo

Gonzalo Pérez Salazar

Pedro A. Rengel N.

Alejandro Silva Ortiz

Diana Trías Bertorelli

Daniela Urosa Maggi

Vicente Villavicencio Mendoza

Carlos Weffe

Colaboran en este número

Jonás E. Aponte A
Giuliana Ceccarelli
Résmil Eduardo Chacón Santana
Andrea Cruz Suárez
Andrés Eduardo Domínguez
Arreaza
Juan José Figueroa Torres
Alejandro González Valenzuela
José Ignacio Hernández G.
Wilder Márquez Romero

Jean Louis Natera Duque
Miguel I. Rivero Betancourt
Humberto Romero-Muci
Fernando Sanquírigo Pittevil
Gabriel Sira Santana
Emilio Spósito Contreras
Enrique J. Urdaneta Cordido-
Freytes
Leonardo Enrique Vilorio Briceño

Índice

Nota Editorial	i
Derecho	3
Breves notas sobre los deberes de información en materia tributaria venezolana Jonás E. Aponte A	5
Tribunales Laborales venezolanos frente al arbitraje Giuliana Ceccarelli	37
La Regulación del Matrimonio en las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela de 1687 Résmil Eduardo Chacón Santana	59
El papel del abogado en la gerencia del conflicto Andrea Cruz Suárez	115
El arbitraje de inversión, instituciones, críticas, propuestas y algunas consideraciones sobre América Latina y Venezuela en particular Andrés Eduardo Domínguez Arreaza y Jean Louis Natera Duque	131
Causas extrañas no imputables y teoría de la imprevisión con especial atención al contrato de obras. Tutela judicial Juan José Figueroa Torres	163
La Ley de Ciudades Comunales como colofón en el proceso de instauración del Estado Comunal Socialista Alejandro González Valenzuela	191
Derecho Público fallido y emergencias humanitarias complejas José Ignacio Hernández G.	217

El acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo	255
Wilder Márquez Romero	
La energía como Derecho Humano (El Derecho a una Vivienda Adecuada)	275
Miguel I. Rivero Betancourt	
Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias	297
Humberto Romero-Muci	
El bloque de constitucionalidad y su tratamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia	325
Gabriel Sira Santana	
Derecho y Siglo de Oro español	341
Emilio Spósito Contreras	
Incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación de laudos CIADI	357
Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes	
Análisis crítico de la nulidad del contrato de arrendamiento inmobiliario de uso comercial bajo la óptica del reciente criterio de la Sala de Casación Civil	391
Leonardo Enrique Viloria Briceño	
Sociedad	419
Mito y Federalismo. Desarticulación del arquetipo inconsciente venezolano	421
Fernando Sanquírigo Pittevil	

Nota Editorial

Este número 18 de *Derecho y Sociedad* continúa el trabajo iniciado en el No. 17 para la recepción y arbitraje de los textos a ser publicados. Ha sido un proceso impulsado y liderado por el profesor Fernando Sanquírigo Pittevil, Daniela Urdaneta Rodríguez y Caterina Jordan Procopio, al que ahora se ha sumado Rodrigo Farías Díaz, todos miembros del Consejo Editorial de *Derecho y Sociedad*.

En este nuevo Número hemos publicado un conjunto de 16 artículos.

Según hemos anunciado anteriormente, la Revista está disponible para su consulta en la nueva página web de la *Revista*: www.derysoc.com. Esa página web, además, aloja el *Blog de Derecho y Sociedad*, que pretende ser un lugar para el análisis y discusión de los temas que habitualmente tratamos en la *Revista*, pero de una forma más ágil e inmediata.

Carlos García Soto

Director

Derecho

Breves notas sobre los deberes de información en materia tributaria venezolana

Jonás E. Aponte A*

pp. 5-35

Recibido: 05 oct 2021

Aceptado: 22 nov 2021

Sumario

I. Introducción | II. Los deberes de información y el Derecho a la Intimidad | 1. Regulación constitucional del derecho a la intimidad | 2. El derecho a la intimidad económica y los actos arbitrarios de la Administración | 3. La divulgación y uso de la información confidencial | III. Los registros, principal herramienta de información | 1. Requisitos y finalidad del RIF | 2. Deber de exhibir el RIF en un lugar visible ¿Tiene algún propósito? | IV. Las declaraciones y los deberes de información | V. La fiscalización y el requerimiento de información de terceros | VI. La planificación fiscal agresiva, declaraciones y deberes de información | 1. Plan BEPS. Acción 12. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de Planificación Fiscal Agresiva | 2. Obligados | 3. Contenido de la declaración | VII. Lapso para presentar la declaración | VIII. Sanciones | IX. Experiencia en el Reino Unido | X. Problemas subyacentes de la declaración obligatoria de esquemas de planificación fiscal agresiva | XI. Conclusiones

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela, Licenciado en Ciencias Fiscales mención Rentas Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHF).

Breves notas sobre los deberes de información en materia tributaria venezolana

Resumen: El objetivo de este artículo es mostrar a grandes rasgos las principales técnicas de información en el derecho tributario venezolano, juzgar su nivel de vigencia y la utilidad que pudiera suponer para garantizar fines de justa tributación sin lesionar el derecho constitucional a la intimidad.

Palabras Claves: Intimidad | Registros | Declaraciones.

Short comments on the information duties according to Venezuelan tax regulations

Abstract: This article's objective is to show the big picture of the main information techniques in the Venezuelan tax regulations, evaluate its applicability and the possible utility that such techniques might guarantee regarding justice taxation without violating the constitutional right to intimacy.

Key Words: Privacy | Records | Statements.

I. Introducción

Una de las más comunes técnicas de policía¹, pero, al mismo tiempo más peligrosas, es la que se refiere a la obtención de información y, muy especialmente, la relativa a la existencia, circunstancias personales y a la actividad de los sujetos privados. Sin embargo, se ha dicho que la potestad de información: *i*) facilita el control de carácter instrumental al servicio de otras técnicas de ordenación; y *ii*) propende al diseño racional de concretas técnicas de políticas públicas.

Existen otros deberes documentales que se relacionan a los hechos relativos a la actividad, estos deberes tienen gran intensidad en materia tributaria, en virtud de que suponen para los contribuyentes el deber llevar una serie de registros totalmente vinculados a sus giros².

A criterio de Checa y Merino, dentro de esos deberes de colaboración se encuentran los deberes de información, los cuales comporta una serie de situaciones jurídicas impuestas a los particulares en virtud de las cuales éstos resultan coactivamente impelidos a efectuar actividades personales que le son exigidas por la Administración de conformidad con el artículo 31.3 de la Constitución española y “dentro de ellas de las prestaciones personales, toda vez que la situación correlativa que frente a ellos ostenta la Administración no es un derecho de crédito, sino una potestad, en concreto, la potestad de información”³.

No obstante lo anterior, el constreñimiento para que el particular coadyuve, no solo, con el pago de tributos, sino también, ejerciendo competencias propias de la Administración, puede comportar lesiones a la libertad individual y, más particularmente, a la libertad de empresa. Estas actividades en ocasiones irracionales y por momentos erigidas sobre actos de autoridad, se han dimensionado a través de formas estructuradas de control que lejos de comportar conectores informativos entre la Administración tributaria y el contribuyente, impiden el correcto giro comercial. Debo hacer la salvedad, como anuncio en el título del artículo, que me refiero específicamente al caso venezolano, aunque ello no signifique que no tenga un correlato en otras

¹ Sobre la actividad de policía en la tributación véase: Jonás E. Aponte A., *La Actividad de Policía en el Derecho Tributario. Especial Referencia a la Potestad Inspectora y las Garantías del Contribuyente* (Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2021).

² Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000), 26.

³ Clemente Checa González e Isaac Merino Jara, “El Derecho a la Intimidad como Límite a las Funciones Investigadoras de la Administración Tributaria”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* (1988): 155. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/819064.pdf

latitudes en las que de igual manera se sientan identificadas con las ideas que estoy expresando.

El Banco Mundial ofrece cada año un índice de facilidad para hacer negocios, que para el año 2020 se intitula: Doing Business 2020, el cual toma en cuenta los siguientes aspectos: i) la cantidad de trámites para iniciar un negocio; ii) el costo para iniciar un negocio; y iii) la cantidad de tiempo para legalizar el inicio de un negocio, entre muchos otros. Venezuela actualmente ocupa el puesto 188 de 190, principalmente por la cantidad de trabas y procedimientos que corresponden efectuar al momento de la constitución de un negocio y por los innumerables registros en los distintos entes políticos territoriales, asociados estos requisitos a la potestad de información.

En efecto, obtener el Registro de Información Fiscal (RIF) o la licencia de actividades económicas representa un verdadero reto para los ciudadanos que quieran iniciar un determinado emprendimiento. Lo peor, muchos de estos múltiples trámites están manchados con coimas que deberán pagar para evitar sanciones. La lógica detrás de un sano sistema financiero supone que el Estado debería abstenerse de formar parte en este proceso pre-operativo, siendo el propio contribuyente quien deba a *mutuo proprio*, y sin esperar concesión alguna, emprender la constitución y objetivación de su empresa.

Es el Estado quien reclama la realización del registro, pero al mismo tiempo los canales para realizar este trámite son lentos, torpes y nada prácticos.

Es importante destacar que esa abstención a la que hacemos referencia tiene amparo en lo dispuesto en el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagra el derecho a la libertad de empresa, que en su vertiente negativa impone una prohibición general de inmisión o perturbación de las posibilidades de desarrollo de una actividad económica, mientras el sistema normativo no prescriba lo contrario⁴.

En tal sentido, los deberes de información o comunicación pueden frenar indebidamente la iniciativa privada, vistos más como mecanismos de restricción que de control. Estos deberes de información lo acompañan durante toda su vida económica, más aún de cara a los uneven derroteros de la fiscalidad internacional

⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N.º 462, de fecha 6 de abril de 2001, caso: Manuel Quevedo Fernández. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/462-060401-00-0900%20.HTM> Asimismo, se ha visto a la libertad en tres dimensiones principales y complementarias entre sí: la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la empresa y la libertad de cesación en ese ejercicio. Para una comprensión más global sobre la libertad de empresa, véase: José Ignacio Hernández G., *La Libertad de Empresas y sus Garantías Jurídicas* (Caracas: Ediciones IESA, 2004).

que tiene como punta de lanza la transparencia fiscal y con ello el intercambio de información.

Las técnicas de información tienen una importancia de control que no debe confundirse con obstrucción, no solo son términos diferentes, sino que sus finalidades también lo son. Hacer una fiscalización y creer que se tiene acceso a toda la información del contribuyente y, por ende, derecho a investigar sin limitación alguna lo que considere el funcionario del Fisco, más que un error muy común es un acto arbitrario e inconstitucional.

Ahora bien, no todo es negativo con los deberes de información, toda vez que estos poderes con los que cuenta la Administración para proveerse de información, correctamente utilizados, permiten que en ciertas circunstancias puedan estructurarse políticas que propendan a la consecución de determinados fines, entre ellos, una eficiente recaudación basada en la confianza, medir sus tasas impositivas y calcular los costos de cumplimiento en los que incurre la Administración y los contribuyentes, entre muchos otros.

Con relación a los modelos de revelación de esquemas propuesto por la Acción 12 del Plan BEPS, señala Fernández que es un verdadero Régimen de Información, debido a que, a su juicio, la mayoría de los llamados “Regímenes de Información”, son en realidad regímenes de datos, en el entendido “que son cifras en bruto, sin interpretar ni analizar, que por sí solas no representan significado alguno. Una vez que dichos datos se procesan, recién ahí adquieren la característica de información, siendo aquel conjunto de datos significativos y pertinentes que describen sucesos, los que nos dan las pautas para la toma de decisiones”⁵.

No obstante, la información que se pretende recolectar, lejos de ver al contribuyente como amigo, se le está percibiendo como enemigo, bajo la consigna de acabar con las inequidades del sistema y, optimizar la recaudación usando el derecho sancionador como arma, especialmente, bajo el auspicio del plan BEPS, de coacción directa de tipo administrativo, policía administrativa, pasa a tener un carácter de legitimación ilimitada del poder de coerción directa frente a una amenaza descomunal de “lucha por la tributación justa (*fair taxation*) y contra el fraude fiscal, lo cual ha significado en la práctica la disminución del

⁵ Guillermo Fernández L., “Reglas de Revelación de Planificaciones Fiscales: De la consolidación europea al desembarco en Latinoamérica”, *Revista de Administración Tributaria* N.º 48 (2021): 7. https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_47/Espanol/2010_RAT_47_ebook_es.pdf

ámbito de protección que brindan los derechos del contribuyente en el contexto del ejercicio del poder punitivo”⁶.

Ahora bien, una vez hecho este pequeño preludeo, debo señalar que el propósito de este artículo es mostrar de una manera general cuáles son las principales técnicas de información en el derecho tributario venezolano, vale decir, los registros y declaraciones, que empleadas para garantizar fines de justa tributación pudieran lesionar el derecho constitucional a la intimidad. En efecto, debo insistir que intentaré cubrir lo mejor posible las diferentes técnicas que emplea la Administración tributaria para hacer uso de la potestad de información destacando sus características básicas y algunos problemas de orden práctico. De igual forma, si bien es cierto Venezuela no ha incorporado en su legislación interna normas sobre la revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva es importante tener en cuenta qué se busca con la acción 12 del Plan BEPS y alguna de sus principales dificultades.

Siendo así, para fines metodológicos del presente trabajo haré un breve excursus de los deberes de información y el derecho a la intimidad, sobre las principales técnicas de limitación usadas por la Administración, vale decir, registros, declaraciones y las exigencias de la fiscalidad internacional en cuanto a la revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva, entre otros aspectos vinculados al intercambio de información.

II. Los deberes de información y el derecho a la intimidad

La potestad o deber de información de desplegarse arbitrariamente puede enfrentar *ipso facto* problemas en la esfera de los derechos los contribuyentes. En ese sentido, el artículo 133 de la Constitución dispone el deber de contribuir a las cargas públicas y el artículo 137 de la COT de 2020 le atribuye las más amplias facultades al Fisco en el procedimiento de fiscalización, estas dos importantes normas han significado para los funcionarios de hacienda una patente de corso que les permite invadir, en ocasiones, por decir lo menos, derechos de orden constitucional y generar costes innecesarios a todo el sistema jurídico y si a ello adicionamos la socorrida justificación de procurar garantizar una equitativa distribución de las riquezas, hace del aparato Estatal una fortaleza inexpugnable.

Por lo pronto, sólo nos centraremos en las posibles repercusiones que el deber de información tiene sobre el derecho a la intimidad. Para tales fines, se

⁶ Carlos E., Weffé H., “Derechos del contribuyente vs. expansión sancionadora. Una aproximación garantista al Derecho Tributario Sancionador post-BEPS”, *Derechos de los contribuyentes: Academia Mexicana de Derecho Fiscal* (2019): 18.

establecerá la consagración constitucional del derecho a la intimidad, su conceptualización doctrinal y los límites que lo bordean, para en virtud de ello, dar cuenta de ciertos ejemplos en los cuales el aludido derecho pudiera ser invadido injustificadamente por la Administración tributaria.

1. Regulación constitucional del derecho a la intimidad

Ahora bien, el derecho a la intimidad es un derecho de rango constitucional, establecido en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reza: “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”⁷.

El derecho a la intimidad tiene su fundamento en la dignidad de la persona, no está definido por Ley, y según sugiere Sánchez-Calero, existe una dificultad en definirlo y de establecer su contenido, debido a la complejidad que el término entraña o “su variabilidad según los criterios sociales de un lugar o de una época determinada y a que los conceptos que se utilizan para su definición, tales como vida privada, círculo íntimo, esfera reservada a la persona, fuero interno de la misma, etc., son también muy difíciles de precisar”⁸.

En cuanto a los límites del derecho a la intimidad, ha señalado la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en sentencia N.º 701 del 8 de abril de 2007, caso: Wendy Coromoto Galvis Ramos, como una verdad de Perogrullo, que “la intimidad personal puede llegar a ceder ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto. Así pues, para apreciar si una norma legal infringe o no la intimidad de la persona, debe considerarse la relevancia del interés público en el contexto de una situación jurídica concreta”.

Ahora bien, existen ciertas exigencias en el marco de la potestad y deberes de información y en la potestad de inspección, que pueden generar indebidas intromisiones al derecho a la intimidad. En Venezuela, a pesar de tener el dere-

⁷ La Sala Constitucional indicó que el derecho a la intimidad debe ser protegido y garantizado por el Estado en todo momento, más si estamos ante datos o informaciones de naturaleza médica que de ser develados podrían traer consigo violación de otros derechos fundamentales de los ciudadanos, *v.g.*, alguna discriminación a razón de un padecimiento de alguna enfermedad. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N.º 1335 de 4 de agosto de 2011, caso: Mercedes Jhosefina Ramírez. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1335-4811-2011-09-0369.HTML>

⁸ Blanca Sánchez-Calero A., *Honor, Intimidad e Imagen en el Deporte* (Madrid: Editorial Reus, 2011), 31.

cho a la intimidad rango constitucional y emparentarse con los derechos subjetivos de la personalidad, su trato de parte del Estado y así como de los ciudadanos en particular, es bastante desprolijo, tal y como se aprecia de la sentencia 701 arriba citada. Todos los días sin percibirlo somos sometidos a violaciones a nuestra vida privada, la arbitrariedad se ha hecho normal al punto que ignoramos el contenido y alcance de tan importante derecho.

Entre los ejemplos más comunes que me permito citar, tenemos el caso de aquellos comercios que tienen como política la de exigir de los consumidores que abran sus bolsos al salir del establecimiento; determinadas empresas disponen de cámaras en sus espacios sin advertir a los clientes que están siendo filmados, incluso, en lugares tan íntimos como lo baños o balnearios; hay empresas que exigen para poder optar a los puestos de trabajos exámenes de sangre; constantemente somos testigos de cómo son interceptadas conversaciones y llamadas, las cuales son grabadas sin autorización, son algunas muestras de cómo el derecho a la intimidad es constantemente vapseado.

El derecho a la intimidad según refiere el Tribunal Constitucional Español en sentencia N.º 292/2000 “permite excluir ciertos datos de un persona del conocimiento ajeno, (...) y así lo ha dicho este Tribunal (SSTC 134, de 15 de julio, FJ 5; 144/1999, FJ 8; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida”.

En el mismo orden de ideas, otro ejemplo de cómo la Ley puede generar cierta injerencia injustificada en la intimidad es propuesto por Brewer-Carías, quien realizó duras críticas al otrora artículo 31 de la Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras. En ese sentido, disponía la norma en su único aparte lo siguiente: “Es requisito para desempeñarse como miembro de las juntas directivas de los bancos y otras instituciones financieras, administradores, auditores externos, comisarios e interventores financieros, presentar ante la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, en los términos y plazos que ésta establezca, una declaración jurada de patrimonio”⁹.

A criterio de Brewer-Carías, dicha norma constituía una violación del derecho constitucional a la vida privada y a la intimidad, por cuanto la Ley “no

⁹ Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y la intimidad económica y a su protección”, separata del libro *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ed. por Rafael Nieto Navia (Caracas: Editorial Jurídica de Venezuela, 1994), 58. En el mismo sentido, véase: Allan R. Brewer-Carías, y Carlos M. Ayala C., *El Derecho a la Intimidad y a la Vida Privada y su Protección Frente a las Injerencias abusivas o arbitrarias del Estado* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1995), 43.

puede en forma alguna autorizar u obligar a que se efectúen injerencias abusivas y arbitrarias en la intimidad de las personas, por lo que el artículo 31, único aparte de la Ley Especial, viola el derecho a la intimidad y a la vida privada de todas aquellas personas que sean miembros de las juntas directivas de los bancos y otras instituciones financieras, administradores, auditores externos, comisarios e interventores financieros”¹⁰.

Una sentencia que ha generado múltiples diatribas en torno a la intimidad económica es la dictada por el Tribunal Constitucional Español, N.º 110/84 del 26 de noviembre. El caso quedó circunscrito a la exigencia que formuló el Fisco a un contribuyente para que éste presentara todos sus estados de cuentas bancarias. El Tribunal Constitucional señaló que no había violación a la intimidad, por cuanto, la potestad de la Administración para tal requerimiento tenía respaldo constitucional, destinada a proteger la distribución equitativa de las contribuciones o los gastos públicos. En efecto, parte del razonamiento esgrimido por la decisión es el que de seguida se esboza:

¿En qué medida la Administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente? (...) no hay duda de que en principio puede hacerlo. La simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobadora que requiere su efectividad lo demuestra. Es claro también que este derecho tiene un firme apoyo constitucional en el artículo 31.1 de la norma fundamental [deber de contribuir a las cargas públicas]. (...) de otra forma se produciría una distribución injusta de la carga fiscal ya que lo que unos no paguen debiendo pagar lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar... de ahí también la imposición del deber jurídico de colaborar con la Administración en este aspecto fundamental del bien público.

(...Omissis...)

Aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el Fisco operaría un límite justificado de ese derecho. Conviene recordar, en efecto que, como ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. (Corchetes nuestros).

¹⁰ Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el derecho...”, 58.

Ahora bien, a propósito del contenido de la sentencia, Escribano adversó los planteamientos vertidos en el fallo *supra* citado refiriéndose a un radical enfrentamiento entre el derecho a la intimidad, el secreto profesional y el deber de colaboración con la Administración tributaria. Las críticas que atiza sobre la sentencia se resumen de la siguiente forma:

Primero, “parece que el Tribunal ha tenido más interés en calificar el deber de contribuir, que en definir el contenido del derecho a la intimidad”;

Segundo, en la no ilimitación de los derechos consagrados en la constitución reside el núcleo esencial del interés de la sentencia, a tenor del cual “los límites de los derechos fundamentales pueden derivar de una manera inmediata o indirecta de la propia Constitución, se justificaría esa ‘limitación’ del derecho a la intimidad; límites que han de justificarse ‘por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos’”;

Y por último, el derecho a la intimidad “podrá ‘ceder’ en determinadas circunstancias cuando a su amparo pueden vulnerarse otros derechos o bienes constitucionalmente amparados. Así se afirmará, también en la línea de la STC 110/84, la diversa posición del secreto bancario cuya consagración constitucional no es parangonable a la del secreto profesional que se encuentra explicitada y reforzada”¹¹.

Otro de los autores que se han pronunciado en contra del aludido fallo fue Santamaría Pastor, para quien el razonamiento que se expone en la sentencia N.º 110/84, tiene un defectuoso planteamiento metodológico, debiendo equilibrarse el derecho a la intimidad con la potestad investigadora en materia tributaria, vale decir, a su criterio: “el conflicto entre ambas exigencias debe resolverse en cada caso reconociendo a la inspección tributaria las potestades que sean estrictamente necesarias para el cumplimiento del fin concreto de cada operación investigadora, de manera que el ámbito de intimidad sufra la menor lesión posible”¹².

No debo menos que alabar el preciso razonamiento y claridad expositiva del demiurgo del derecho administrativo Santamaría Pastor. Acierta cuando señala que la posible colisión entre los derechos de intimidad y las potestades de investigación se resuelven reconociendo la coexistencia de ambas y determi-

¹¹ Francisco Escribano, *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales* (Madrid: Civitas, 1988), 325.

¹² Juan A. Santamaría Pastor, “Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, *Revista española de documentación científica (REDC)*, N.º 15 (1985): 171.

nando la necesidad para que el ámbito de intimidad sufra la menor lesión posible, para lo cual debe precisarse en qué supuestos es estrictamente necesaria la potestad inspectora para el cumplimiento del fin concreto de cada operación investigadora. Para este autor lo desdeñable del fallo es haber negado, prácticamente, el derecho a la intimidad frente al despliegue investigativo de la Administración.

Para Andrade, el fallo antes citado tiene como mérito: “el haber conectado por primera vez el deber de suministro de información con el derecho a la intimidad, en lo que se refiere a las operaciones bancarias, estableciendo que si la data a ser suministrada permite determinar detalles que van más allá del simple movimiento de las cuentas, ello excedería los fines de las facultades administrativas”¹³.

En el mismo sentido, Clemente y Merino señalan que en lo que sí parece haber acuerdo es que la sentencia del Tribunal Constitucional “no ha ponderado adecuadamente los intereses en conflicto, toda vez que no ha valorado suficientemente que en el proceso de armonización entre el interés privado tutelado por el derecho a la intimidad y el interés público ínsito en la atribución de potestades a la Administración, no cabe desconocer que la protección que la Constitución otorga a la intimidad es cualitativamente mayor que la otorgada a las potestades administrativas”¹⁴.

Para Brewer-Carías la Administración no sólo está habilitada para, desde el plano constitucional, exigir determinados datos relativos a la situación económica de los contribuyentes, sino, incluso, “(...) en aquellos casos en los cuales el derecho a la intimidad respecto al patrimonio de una persona debe ceder ante los requerimientos de la autoridad fiscal, ello nunca implica un derecho de los funcionarios fiscales inmiscuirse, indiscriminadamente, en la globalidad de los patrimonio del contribuyente. Al contrario, esa potestad fiscal de exigir informaciones de carácter económico de los contribuyentes, como lo afirma André Roux, está limitada a aspectos que ‘sean útiles con vista al establecimiento del impuesto concreto a la puesta en evidencia de algún fraude fiscal’”¹⁵.

Sáinz Moreno señala que la única manera de respetar y compatibilizar el derecho a la intimidad y el derecho a inspección es garantizarlos y limitarlos, declarando que ninguno de los dos es un derecho absoluto, argumentando que de la misma manera que la intimidad no es razón para impedir la acción de la

¹³ Betty Andrade R., “BEPS, *soft law* y derechos humanos”, *Revista Venezolana de Derecho Tributario*, N.º 149 (2016): 157.

¹⁴ Clemente Checa González e Isaac Merino Jara, “El Derecho a la Intimidad...”, 168.

¹⁵ Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el derecho...”, 61.

policía tampoco lo es para impedir la acción en su lucha contra el fraude fiscal, que al contrario necesitan de potenciación¹⁶.

Siguiendo el hilo de su argumentación, indicó el aludido autor que la labor investigadora puede hacerse respetando “el máximo posible de la intimidad personal ya que lo que se investiga es el hecho punible o el hecho imponible, no el hecho íntimo; pero puesto que los actos humanos íntimos constituyen a la vez hechos punibles o hechos imponibles o están inseparablemente unidos a ellos, es preciso reconocer este problema ya que toda teoría negadora o ‘pacificada’ es inexacta, puesto que no refleja esta realidad conflictiva”¹⁷.

En consecuencia, el derecho a la intimidad resguarda ese espacio personal o reservado, de tal modo que quede excluido del conocimiento público. Sin embargo, esa prohibición en cuanto a su difusión no consentida, no puede ir en detrimento de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. En tal sentido, que el derecho a la intimidad no sea absoluto, no significa que bajo la justificación según la cual todos debemos contribuir a las cargas públicas, se boren de plano los contornos que dibujan su racionalidad y justificación histórica.

2. El derecho a la intimidad económica y los actos arbitrarios de la Administración

Ahora bien, en el orden económico, como ocurren en la vida privada, familiar, imagen, identidad y conversaciones, al producirse intromisiones indebidas de la intimidad también requiere de protección. La doctrina ha calificado esa clase de intromisiones y su protección con el nombre de intimidad económica, la cual supone “que la información sobre la situación patrimonial de la persona, le pertenezca de forma exclusiva, formando parte de su ámbito secreto y personal”¹⁸.

En las inspecciones, los fiscales de hacienda deben procurar no difundir información que le suministren los contribuyentes, que lo pueda afectar injustamente y perjudique su posición competitiva. El COT establece en el artículo 118, lo siguiente:

Artículo 118. Constituyen ilícitos tributarios penales:

(...Omissis...)

¹⁶ Javier Sáinz M., *Teoría del Procedimiento Fiscal*, Tercera Edición (Madrid: Dykinson, S.L., 1997), 95.

¹⁷ Javier Sáinz M., *Teoría del Procedimiento...*, 95

¹⁸ Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el derecho...”, 59.

3. La divulgación y uso de la información confidencial

Asimismo, el artículo 124 del COT, estrictamente vinculado con la intimidad económica y más precisamente con los precios de transferencia, establece que: “Los funcionarios o empleados públicos; los sujetos pasivos y sus representantes; las autoridades judiciales y cualquier otra persona que directa o indirectamente, revele, divulgue o haga uso personal o indebido, a través de cualquier medio o forma, de la información confidencial proporcionada por terceros independientes que afecte o pueda afectar su posición competitiva, serán penados con prisión de tres (3) meses a tres (3) años”.

Ahora bien, el derecho a la intimidad pone un freno a la Administración quien deberá mantener el total celo de la información que le proporciona el contribuyente inspeccionado, un tercero relacionado con el hecho investigado o bien el obligado tributario¹⁹. Sin embargo, el ordenamiento jurídico nos proporciona ejemplos de cómo es posible lesionar el derecho a la intimidad sin necesidad que se produzca una exigencia arbitraria por medio de una inspección. En ese sentido, el artículo 97 de la LISLR dispone que:

Artículo 97. Los contribuyentes que se dediquen a realizar actividades comerciales, industriales, de servicios y los titulares de enriquecimientos provenientes del ejercicio de profesiones liberales, sin relación de dependencia, deberán exhibir en el lugar más visible de su establecimiento, oficina, escritorio, consultorio o clínica, el comprobante numerado, fechado y sellado por la Administración respectiva, de haber presentado la declaración de rentas del año inmediatamente anterior al ejercicio en curso. Igual requisito deberán cumplir las empresas agrícolas y pecuarias cuando operen bajo forma de sociedades²⁰.

Ahora bien, a pesar que la norma establece, claramente, que los contribuyentes estarán obligados a exhibir “el comprobante numerado, fechado y se-

¹⁹ Los obligados tributarios según señalan Checa y Merino, son para el derecho alemán tanto quien la persona obligada a satisfacer el crédito tributario, como quien está impelido a cumplir deberes de colaboración. A consideración de estos autores, los obligados tributarios “tienen que darse cuenta de que se ha producido una ampliación de lo que ha de entenderse por contribución al sostenimiento del gasto público; por tal no sólo se concibe la entrega de la prestación pecuniaria, sino también la colaboración directa del administrado-contribuyente con los órganos de la Administración proporcionando datos e informaciones con relevancia tributaria e incluso llevando a cabo actividades otrora atribuidas en exclusiva a aquellas”. *Ibid.*, 152.

²⁰ A criterio de Leal, el contribuyente posee la información necesaria para realizar “la determinación tributaria por lo que le resulta más fácil hacerla. Al mismo tiempo, la autoliquidación le permite conservar privada la información, si bien deberá poner a disposición algunos documentos que eventualmente pueden poner en riesgo su intimidad, tales como los recibos de pagos que justifican los desgavámenes (Arts. 92 y 97)”. Salvador Leal W., “Discrecionalidad y arbitrariedad en la inspección tributaria sobre computadoras”, *Revista de Derecho* N.º 25 (2007): 372.

llado por la Administración respectiva”, los funcionarios del Fisco han sobredimensionado injustificadamente tal exigencia, y contrario a lo dispuesto en la Ley, sancionan el “no exhibir en lugar visible de su oficina o establecimiento la Declaración Definitiva de Rentas del año inmediatamente anterior al ejercicio en curso”, situación que evidentemente invade el contenido del derecho a la intimidad.

En la Declaración definitiva de rentas se expresan datos referentes a los ingresos brutos, ingresos netos, los costos, gastos y por último el *quantum* o cuota tributaria. Tales datos, en principio, debería ser conocidos casi exclusivamente por el contribuyente y por el Fisco Nacional, por lo que permitir, indirectamente, que terceros no vinculados con el hecho tributario conozcan tal información puede suponer incidencias indebidas en los derechos a la intimidad.

Ya arriba habremos señalado que ocasionalmente se exige como un deber de información el exhibir ciertos particulares en lugares visibles del establecimiento, siendo que agiliza y abrevia los procesos de inspección; no obstante, habría que preguntarse qué beneficios trae consigo a las técnicas de control fiscal que el contribuyente exhiba visiblemente en su establecimiento una declaración que refleja que cumplió con dicho deber formal y aún más, que difunda *grosso modo* parte de su vida económica no siendo una exigencia establecida legalmente.

Es comprensible que a la Administración le interese en procesos de inspección revisar los libros y las declaraciones presentadas por los contribuyentes, pero ese interés no puede por pura arbitrariedad ser trasladado a la comunidad en general, vale decir, permitir que personas diferentes del Fisco escruten datos referidos a la intimidad económica de los sujetos pasivos. La revisión de los ingresos brutos, de los gastos y otras especificaciones es una labor que ha sido asignada a la Administración tributaria en determinados casos. Exigir que el contribuyente exhiba en un lugar visible del establecimiento la declaración jurada de rentas, es totalmente atentatorio contra el derecho a la intimidad.

III. Los registros, principal herramienta de información

Las principales técnicas de información se encuentran en el Capítulo II relativo a los deberes formales de los contribuyentes, responsables y terceros, dispuesto en el artículo 155 del Código Orgánico Tributario, publicado en la Gaceta Oficial N.º 6.507 (Extraordinario) de fecha 29 de enero de 2020²¹, que representan un conjunto abierto de mandatos dirigidos al contribuyente con el fin

²¹ Se publica el contenido de una serie de normas emanadas de la denominada Asamblea Nacional Constituyente (ANC); norma que es inconstitucional desde su nacimiento al no haber sido dictada siguiendo el canal regular establecido en la Constitución y la ser dictado por un órgano que no posee legitimidad constitucional al ser convocado a espaldas del proceso que dispone la Constitución.

de condicionar su actuación de cara a la relación jurídico tributaria que conserva con la Administración y las otras técnicas de limitación que habilita a esta última para examinar, observar y corregir la actividad del contribuyente.

En tal sentido, el deber de inscribirse en los registros pertinentes, aportando los datos necesarios constituye el principal puente que conecta la actividad del contribuyente con la Administración tributaria, por cuanto a pesar que en el registro mercantil se apunten la mayoría de sucesos o hechos que se susciten en una sociedad mercantil, el Registro de Información Fiscal (RIF) será el asiento en el cual tanto persona natural como jurídica le informe a la Administración los datos para ejercer eventuales controles tanto de inspección como de información.

Para Santamaría Pastor, uno de los antecedentes más remotos de la técnica de información ha sido el registro y como tal ha resultado ser una preocupación multiseccular la necesidad de empadronamiento que aparece en la era cristiana; desde entonces la práctica de censar a los ciudadanos principalmente con finalidades fiscales se ha mantenido sin excesivas soluciones de continuidad hasta nuestros días²².

Señala Crespo Irigoyen que para la Administración tributaria representa de vital importancia “llevar una actualizada base de datos, que incluya a los nuevos contribuyentes, y con la mayor cantidad de información requerida, pero también es importante incitar la colaboración de quienes deben proporcionar comunicaciones relativas a su inscripción”²³.

El RIF está destinado al control tributario, en el cual deben inscribirse las personas naturales o jurídicas, las comunidades y las entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, susceptibles en razón de sus bienes o actividades, de ser sujetos o responsables del impuesto sobre la renta, los agentes de retención del impuesto y los residentes en el extranjero sin establecimiento permanente o base fija, siempre que la causa del enriquecimiento esté u ocurra en Venezuela²⁴.

1. Requisitos y finalidad del RIF

Las personas naturales deberán inscribirse durante el primer semestre del año civil o ejercicio gravable o del inicio de sus actividades económicas. Los residentes en el extranjero sin establecimiento permanente o base fija, siempre que

²² Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho ...*, 26.

²³ María Gabriela Crespo I., *La Potestad Sancionadora de la Administración Tributaria. Especial referencia al ámbito local en España y Venezuela* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006), 213.

²⁴ Gaceta Oficial N° 38.389, de fecha 2 de marzo de 2006, Providencia N° 073 que dispone la creación y el funcionamiento del Registro Único de Información Fiscal (RIF).

la causa del enriquecimiento esté u ocurra en el país, durante el primer mes contado a partir del inicio de las actividades de su primer ejercicio gravable; las personas jurídicas, comunidades, entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, bases fijas o establecimientos permanentes, durante el primer mes contado a partir de la fecha de su constitución o inicio de las actividades de su primer ejercicio gravable; los agentes de retención, dentro del primer mes de estar obligado a efectuar la primera retención de impuesto, siempre que no hayan solicitado su inscripción en el RIF con anterioridad y no hubieren manifestado que actúan con tal carácter; las sucesiones, también deberá crear un RIF sucesoral, entre otros.

En este Registro los contribuyentes deberán inscribir y hacer constar todos los datos relativos a su registro, estructura estatutaria, objeto social de la empresa, domicilio fiscal, situación patrimonial, entre otras. El RIF permite que, tanto la Administración, como el contribuyente, guarden una relación de supervisión, pudiéndose así controlar aquellas actividades susceptibles de ser gravadas. Es claro que el RIF es solo un número, pero, permite que se monitoreen las actividades del sujeto pasivo y, por ende, se calibre el grado de intensidad de las otras técnicas de limitación, como, por ejemplo, las inspecciones.

Incluso, la utilidad de dicho registro debería escapar de la esfera meramente limitadora, categoría dentro del abstracto poder de sujeción, para servir como mecanismo empleado por la Administración para crear un registro de datos y estadísticas que eventualmente podrán ser empleados para tomar decisiones sobre determinados particulares, *v.g.* crecimiento de la actividad empresarial en el país, aumento o disminución del producto interno bruto, entre otras.

2. Deber de exhibir el RIF en un lugar visible ¿Tiene algún propósito?

La Providencia N.º 0073 en su artículo 10 literales a y b, en el siguiente tenor: “Artículo 10. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes, reglamentos y demás formas de carácter tributario, los sujetos pasivos inscritos en el Registro Único de Información Fiscal (RIF), tendrán la obligación de: a) Exhibir el Certificado de Registro cuando le fuere requerido por un funcionario de la administración tributaria, debidamente acreditado y facultado. b) Exhibir copia fotostática del Certificado de Registro en lugar visible de sus oficinas, sucursales o establecimientos”.

Ello así, la norma en cuestión establece dos (2) deberes formales, el primero vinculado con la actividad inspectora de la Administración tributaria; y la segunda, una carga del contribuyente, quien deberá exhibir dicho registro no directamente a un funcionario o persona autorizada, sino, en un lugar manifiesto

o notorio dentro del propio establecimiento; es oportuno destacar que este segundo deber es inmediato, es decir, realizable una vez se cometa o realice la inscripción; continuo y permanente, lo que significa que no es susceptible de ser relajado, es decir, siempre deberá mantenerse visible.

La diferencia entre ambos supuestos radica en el hecho que mientras en uno se exige que medie un procedimiento y un acta de requerimiento del certificado de inscripción, en el otro, es una actuación exclusiva del contribuyente, que comporta como principal condición su exposición en un lugar visible, tanto para eventuales procedimiento de inspección como para el público en general.

De igual manera, los artículos 189 y el numeral 1 del artículo 190, ambos, del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta vigente, establecen la obligación de exhibir el registro en un lugar visible.

Asimismo, dentro de las técnicas de información se desprende el deber de comunicación que, estrechamente vinculado al deber de registro, supone una carga a costa del contribuyente que lo constriñe a declarar hechos o acontecimientos que, teniendo una influencia, si se quiere, periférica al hecho imponible, representan una forma de mantener un control constante con el contribuyente.

El deber de exhibir el RIF en un lugar visible no tiene sentido alguno, más aún porque la Administración no realiza inspecciones periódicas y si así fuese es de suponer que anticipadamente debe conocer toda la información del sujeto pasivo que soportará la fiscalización o verificación. Además de lo anterior, si fuera por un tema de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, la factura, otro instrumento de control, debería contener información del proveedor de los bienes y servicios, por lo que además de vetusta es una norma que no ofrece nada a los fines del control.

IV. Las declaraciones y los deberes de información

Ahora bien, aunado a los registros como mecanismo de información por excelencia, en materia tributaria las declaraciones escritas ciertamente contienen rasgos característicos de esta clase de técnicas de limitación u ordenación. Para mantener una constante vigilancia con el universo de contribuyentes y, más aún, con el giro comercial y actividades de los sujetos pasivos, las rentas, gastos, costos y todos aquellos elementos que giren alrededor del hecho tributario, se dispuso a las declaraciones como una forma en la cual el contribuyente bajo fe de juramento expresa e informa en un documento con ciertas características particulares, datos de interés fiscal.

En efecto, el artículo 157 del COT establece lo siguiente:

Artículo 157. Las declaraciones o manifestaciones que se formulen se presumen fiel reflejo de la verdad y comprometen la responsabilidad de quienes las suscriban, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 86 de este Código. Incurren en responsabilidad, conforme a lo previsto en el artículo 128 de este Código, los profesionales que emitan dictámenes técnicos o científicos en contradicción con las leyes, normas o principios que regulen el ejercicio de su profesión o ciencia. Dichas declaraciones y manifestaciones se tendrán como definitivas aun cuando puedan ser modificadas espontáneamente, siempre y cuando no se hubiere iniciado el procedimiento de fiscalización y determinación previsto en este Código y, sin perjuicio de las facultades de la Administración Tributaria y de la aplicación de las sanciones que correspondan, si tal modificación ha sido hecha a raíz de denuncias u observación de la Administración. No obstante, la presentación de dos (2) o más declaraciones sustitutivas, o la presentación de la primera declaración sustitutiva después de los doce (12) meses siguientes al vencimiento del plazo para la presentación de la declaración sustituida, dará lugar a la sanción prevista en el artículo 103.

En muy precisos términos, Jarach realiza una breve y sustanciosa definición de la naturaleza de las declaraciones, indicando sobre dicho tenor lo siguiente: i) para algunos tipos de impuestos, la declaración solo contiene el suministro por parte del contribuyente u otro sujeto a la Administración tributaria datos o información sobre la realización, en casos concretos de los hechos imponibles definidos abstractamente por la Ley; ii) la declaración tributaria es una declaración de saber y no una declaración de voluntad, de esta naturaleza deriva, como consecuencia, la modificabilidad de la declaración por actos posteriores del mismo declarante; iii) constituyen obligaciones de colaboración en el procedimiento de determinación confiado a la autoridad administrativa; iv) no es una confesión extrajudicial, su función es meramente informativa y su eficacia depende de la existencia de medios de prueba que acrediten su veracidad; v) que sería errónea la vinculación entre la declaración jurada y el procedimiento administrativo de determinación; sin embargo, aduce que dicha doctrina atribuye a la declaración una función propia desvinculada del proceso de determinación administrativa y, por el contrario, colocaría a ésta en la misma posición de la determinación administrativa, identificándola como una determinación por parte del contribuyente; y vi) la declaración jurada es un elemento informativo utilizable en la medida que resulte parangonable con los hechos y el derecho²⁵.

Colmenares refiriéndose a la doctrina colombiana señaló que la declaración es: i) un denuncia de ingreso, egresos y renta gravable, activos y patrimonio que deben presentar los contribuyentes al Estado, por escrito y bajo formularios;

²⁵ Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario* (Buenos Aires: Ediciones Nuevo Mundo, 2006), 429.

ii) es un documento privado sujeto a reserva; y iii) las informaciones que contienen no pueden ser conocidas por el público, están amparadas bajo la más estricta reserva²⁶.

Este mismo autor señala que dentro del procedimiento de creación y materialización del hecho imponible, la declaración constituye la primera fase de la determinación gravada y en la mayoría de los casos el propio contribuyente declara el hecho imponible como la base imponible (proceso de autoliquidación).

En tal sentido, si evaluamos teleológicamente las declaraciones apreciamos que las mismas sirven como un puente conector entre el universo de contribuyentes y el Fisco, en el cual la confianza como principio que debe regentar y privar en las relaciones jurídico-tributarias, permite a los sujetos pasivos manifestarle a la Administración ciertos detalles que solo éste maneja con total precisión y que transformado en un deber lo obliga a comunicarle lo que percibió en el año, un detalle de sus bienes hereditarios, las retenciones que realizó, así como su monto, las inversiones efectuadas, el grupo de actividades y muchos otros datos de interés fiscal; ergo, en ocasiones producto de ello es que la Administración tributaria tiene información más o menos exacta de lo que hace y no hace una entidad, persona o empresa.

Presentar declaraciones es tan importante que el COT dispone un lapso de prescripción para inspeccionar o sancionar más reducido, casi como un incentivo, para aquellos contribuyentes que cumplan tal deber; la razón es que la confianza que debe privar en las relaciones jurídico tributarias están soportadas por la información como principal canal de comunicación, antes que las inspecciones como técnicas más invasiva, por cuanto le favorece al Fisco conocer qué ocurre individualmente en el mundo de los contribuyentes, incluso, para compararlos globalmente con otros con idénticas características.

Con relación a las contravenciones y la autorización para liquidar planillas, el artículo el artículo 177 de la Ley de Impuesto sobre la Renta establece que:

Artículo 171. Si de la verificación de los datos expresados en las declaraciones de rentas presentadas con anterioridad a la fecha de iniciación de la intervención fiscal resultare algún reparo, se impondrá al contribuyente la multa que le corresponda. Esta pena no se impondrá a las personas naturales o asimiladas cuando el impuesto liquidado conforme al reparo, no excedente de un cinco por ciento (5%) del impuesto obtenido tomando como base los datos declarados. Tampoco se aplicará en los casos siguientes:

²⁶ Juan C. Colmenares, *Temas de Impuesto Sobre Sucesiones, Donaciones y Demás Ramos Conexos* (Caracas: Lizcalibros, 2006), 131.

(...Omissis...)

3. Cuando el reparo haya sido con fundamento exclusivo en los datos suministrados por el contribuyente en su declaración.

A propósito del artículo anterior, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia estableció que para la procedencia de la eximente parcial, lo fundamental no es el desplazamiento del fiscal al domicilio del contribuyente en visita para confrontar los datos suministrados en la declaración con los elementos probatorios *ad hoc*, sino que de la investigación surjan hechos nuevos que revelen hallazgos de fuentes distintas extra declaración; siendo por consiguiente, para que proceda ésta, las modificaciones propuestas por el fiscal en el cuadro del formulario de la declaración respectiva deben haberse originado como producto de la consideración de los datos tanto singulares como globales suministrados por el contribuyente bajo juramento en su declaración, y no de aquellos reparos que provengan de fuentes distintas, extrañas a ese documento, que revelen la configuración de omisiones involuntarias de rentas, de estimaciones de oficio o de ocultamiento premeditado²⁷.

Las declaraciones como hemos dicho son actuaciones que dependen exclusivamente del contribuyente y comunican a la Administración tributaria sobre determinados particulares, permitiendo eventuales controles sobre éstos, que podrán ser realizados tanto en las instalaciones del contribuyente como en la sede del Fisco y que, levantándose desde la confianza podrían garantizar un elemento imprescindible en el deber de información²⁸.

V. La fiscalización y el requerimiento de información de terceros

Señala Fraga que en las labores de fiscalización las Administraciones tributarias pueden requerir información a terceros relacionados con el sujeto inspeccionado, pero estos deberes de información de los terceros son subsidiarios, es decir, éstos están obligados a suministrar información solo cuando: i) haya resultado infructuoso el despliegue de la función inspectora sobre el sujeto pasivo

²⁷ Sala Político-Administrativa, Sentencias N° 01704 de fecha 07 de octubre de 2004, caso Cotécnica Caracas, C.A. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01704-071004-2003-0332.HTM> y Sala Político-Administrativa, Sentencias N.º 01909 del 22 de noviembre de 2007, caso: Glassven C.A., entre otras. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01909-221107-2007-1999-15457.HTML>

²⁸ A criterio de De la Garza la declaración es el acto jurídico del sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria cuyo contenido es la comunicación de la producción de un hecho generador de un crédito tributario. Sergio De la Garza, *Derecho Financiero Mexicano* (México D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1976), 565.

del tributo; ii) se desconozca la identidad de los sujetos que han realizado determinadas operaciones; iii) exista la fundada presunción de que será inoperante exigir la información al propio sujeto que se investiga²⁹.

Sin embargo, afirma este autor que existen algunas limitaciones frente a estos requerimientos de entrega de información, los cuales son: “i) Quienes pueden invocar el secreto profesional; ii) Aquellos cuya declaración implique violar el secreto de la correspondencia epistolar o de las comunicaciones en general; iii) El cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (artículo 49.5 de la Constitución). Sobre el secreto profesional y de las comunicaciones privadas, recuérdese que el artículo 48 de la Constitución garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. Estas comunicaciones no pueden ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso”³⁰.

A renglón seguido señalaría que la referida garantía constitucional cobija el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones entre los contribuyentes (*lato sensu*) y sus asesores tributarios, sin importar la profesión de los mismos³¹.

VI. La planificación fiscal agresiva, declaraciones y deberes de información

1. Plan BEPS. Acción 12. Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de Planificación Fiscal Agresiva

Venezuela está pasando por su peor crisis política, económica y social. La ausencia de instituciones democráticas ha llevado a que todas las políticas fiscales se tomen bajo criterios ideológicos, oscurantistas y en definitiva sin una convicción objetiva. No por nada la inflación en el país supera los 2700% anuales y los diferentes códigos tributarios que se han venido dictando sea uno más calamitoso que el otro y más abusivo y agresivo³². En Venezuela no existe intención alguna por parte del régimen actual de llevarla al progreso económico y aunado al re-

²⁹ Luis Fraga-Pittaluga, *La Defensa del Contribuyente* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2021), 94.

³⁰ Luis Fraga-Pittaluga, *La Defensa...*, 94

³¹ Luis Fraga-Pittaluga, *La Defensa...*, 94

³² Jonás E. Aponte, A., “El cobro ejecutivo en el Código Orgánico Tributario de Venezuela. El claro ejemplo de un sistema fiscal agresivo”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N.º 14 (2020): *passim*.

chazo y desconocimiento de la comunidad internacional ha comportado que estas nuevas tendencias internacionales de fiscalidad estén totalmente desatendidas.

Por lo tanto, hablar de políticas de fiscalidad internacional en Venezuela es una entelequia. Al país le basta con impedir que las empresas y multinacionales no puedan trasladar las ganancias a sus países de origen y colocar tantas trabas o barreras sean posibles para el emprendimiento individual y asfixiar absurdamente la libertad de empresa, para entender realizada su política tributaria. Nótese, de igual manera, que al régimen no le conviene que la información resulte pública y mucho menos que la corrupción que ha manchado toda su gestión y que tiene al país sumergido en la peor crisis se haga pública. Investigaciones en bancos de Suiza han arrojado que existen más de 10.000 millones de dólares que serían producto de la corrupción en Venezuela, por poner un ejemplo³³.

El preludio anterior fue realizado con el propósito de señalar que las acciones atinentes a la transparencia del Plan BEPS, así como los principios de transparencia no han sido adoptados en Venezuela y no hay vestigios de que ello vaya a ocurrir, precisamente para impedir que se expongan fehacientemente todo el cuerpo de ese iceberg de la corrupción. Sin embargo, siempre es importante mostrar el rumbo que está tomando la fiscalidad internacional para tomar las previsiones a propósito de las medidas que se están tomando.

Por último, antes de finalizar el prolegómeno de este acápite, es oportuno señalar que un profundo estudio de los *Mandatory Disclosure Rules* (MDR) fue elaborado por Fernández Lobbe, en el que advierte que en Latinoamérica la mayoría de los países no ha implementado un régimen establecido en la acción N.º 12, ni siquiera lo han analizado oficialmente, salvando “el caso Brasil (...). La excepción son México y Argentina, que son los primeros países de Latinoamérica en implementar un Régimen de Revelación de Planificaciones Fiscales en línea con la A12 BEPS. Si bien la propuesta MDR original mexicana era más ambiciosa, especialmente por el Comité, cumple acabadamente con los parámetros de la A12 BEPS”³⁴.

Dicho lo anterior, es oportuno señalar que los albores del Plan BEPS se remontan al año 2013, cuando el G-20 y la OCDE coordinaron estrategias para

³³ Semana, “Encuentran en cuentas suizas 10.000 millones de dólares que serían producto de la corrupción en Venezuela”, 17 de enero de 2021, acceso el 10 de septiembre de 2021, <https://www.semana.com/mundo/articulo/encuentran-en-cuentas-suizas-10000-millones-de-dolares-que-serian-producto-de-la-corrupcion-en-venezuela/202149/>

³⁴ Guillermo Fernández L., “Reglas de Revelación de Planificaciones Fiscales: De la consolidación europea al desembarco en Latinoamérica”, *Revista de Administración Tributaria* N.º 48 (2021): 38. https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_47/Espanol/2010_RAT_47_ebook_es.pdf

hacer frente a la erosión de la base imponible. Su enfoque, fundamentalmente, se centra en empresas multinacionales de modo que tributen lo que se considera justo. Los principales objetivos del Plan son: i) eliminar la doble exención de la tributación debida a la incongruencia y a la existencia de lagunas en los sistemas tributarios; ii) diseñar nuevos estándares internacionales para asegurar la coherencia del Impuesto sobre Sociedades a nivel internacional y; iii) realinear la imposición para adaptarla a la imparable evolución de los modelos empresariales y de las nuevas tecnologías³⁵.

A los fines de confinar el trabajo a límites más estrictos, no haremos mención a las 15 acciones que establece el Plan BEPS, sino a la acción 12, en el entendido que es esta la que configura fundamentalmente deberes de información en cabeza de los contribuyentes no obstante que sea uno de los pilares del plan BEPS la transparencia, la certidumbre y predictibilidad para las empresas; en efecto, su propio contenido indica que “es esencial disponer de información específica, completa y temporánea para permitir a los gobiernos identificar rápidamente las áreas de riesgo. Aunque las auditorías fiscales siguen siendo una fuente clave de información relevante, padecen de una serie de limitaciones y carecen de herramientas adecuadas para la detección temprana de la planificación impositiva agresiva”³⁶.

Suele identificarse al régimen de declaración obligatoria con una obtención temprana de información sobre las prácticas de planificación fiscal agresiva, vale decir, un efecto preventivo tanto para los contribuyentes como para los intermediarios fiscales y de esa forma sean menos proclives al diseño y comercialización de este tipo de estructura³⁷. En ese sentido, la Fundación de Impuestos y Competitividad ha indicado que el foco de atención de los trabajos de la Acción 12 se centra en tres aspectos: i) recomendaciones para países que carezcan de normas de declaración obligatoria o que quieran mejorar sus normas de vigor; ii) atención a los conceptos de planificación fiscal y de un concepto amplio de beneficio fiscal que permita incluir todas las operaciones relevantes; y iii) el diseño y puesta en funcionamiento de un módulo reforzado de intercambio de información con relación a dichos esquemas internacionales³⁸.

³⁵ Gerard Garcia-Gassul, “El Plan BEPS”, *Vitrina Legal* (2020). <http://www.vitrinalegal.com.ve/wp-content/uploads/2017/08/El-Plan-Beps.pdf>

³⁶ OCDE, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (2014). <https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/9789264207813-es.pdf?itemId=/content/publication/9789264207813-es&mimeType=pdf>

³⁷ Fundación Impuestos y Competitividad, “Plan de Acción BEPS: Acción 12, Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva”. <https://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2017/05/ACCION-12-EY.pdf>

³⁸ Fundación Impuestos y Competitividad, “Plan de Acción...”

Ahora bien, en atención a lo anterior, para tener una mejor panorámica de lo establecido en la acción 12, se describirán someramente los rasgos más característicos de dicha declaración, haciendo mención a su misión, personas involucradas, obligaciones y lapsos, entre otras particularidades, por último, haremos unas observaciones sobre dicha declaración.

2. Obligados

La obligación de realizar la referida declaración recaerá sobre dos personas: i) el promotor del esquema que puede incluir a cualquier individuo que haya prestado auxilio material, asesoramiento, asistencia, sea el responsable o quien haya participado en su comercialización; y ii) el usuario. No obstante, habrá situaciones en las que este último deberá realizar la declaración correspondiente, estas son: a) cuando no haya promotor; b) este resida en otro país o; c) invoque el secreto profesional.

En ese sentido, los principios que se vislumbran de la acción en cuanto a la declaración obligatoria se dividen en dos categorías, estas son: i) un sistema basado en las transacciones u operaciones adoptado por Estados Unidos; y ii) basado en el promotor adoptado por el Reino Unido.

3. Contenido de la declaración

Este es uno de los puntos más cruciales del informe al cuestionarse si resulta conveniente establecer un umbral mínimo que depure la información *ex ante*, y por lo tanto limite el número de esquemas de planificación fiscal agresiva a ser declarados. Tales umbrales son denominados por el informe como rasgos o marcadores, divididos en genéricos y específicos. En los primeros están: i) la confidencialidad. Se trata de aquellas situaciones en las que el esquema y las ventajas se negocia bajo condiciones de estricta confidencia, evitando que ese plan que se está negociando se haga público; ii) honorarios elevados o vinculados al resultado; iii) cláusula de protección contractual (supone que el promotor soporte los riesgos en el caso que el esquema no cumpla con las expectativas ofrecidas, bien sea por la imposición de sanciones, recargos, impuestos, intereses, etc); iv) productos fiscales normalizados o estandarizados (son productos que se elaboran para ser comercializados y ofrecidos a más de un usuario).

A un lado a los rasgos genéricos se encuentran unos marcadores o rasgos específicos que podrían auxiliar de mejor manera para entender la noción de planificación fiscal agresiva y poder adaptar el régimen de declaración obligatoria a las especificaciones de cada país, entre los que destaca el informe están: i) esquemas de pérdidas; ii) acuerdos de *leasing*; iii) esquemas de empleo; iv) esque-

mas de conversión de ingresos; v) esquemas relacionados con entidades residentes en jurisdicciones de baja tributación; vi) acuerdos que incluyan instrumentos híbridos; vii) transacciones con significativas diferencias fiscales; viii) transacciones análogas a las incluidas en el listado de las autoridades fiscales; y ix) transacciones de interés.

El informe recomienda la aplicación de un sistema mixto en los que se incluyan tanto rasgos específicos como genéricos, por lo que la declaración obligatoria se deberá hacer solo cuando se verifique uno de los referidos marcadores.

VII. Lapso para presentar la declaración

El informe recomienda que el plazo esté vinculado con la puesta en marcha de la estructura o a disposición del usuario; de igual manera, estará relacionado con el tiempo o la velocidad con el que la Administración tributaria cuenta para detectar o reaccionar ante la estructura con rapidez e influir en el comportamiento de los contribuyentes, por lo que sugirió que los plazos de declaración sean breves o se realicen en el menor tiempo posible. En ese sentido, será cada país quien determine el lapso para presentar la declaración.

VIII. Sanciones

El informe sugiere que en el caso que no se presente la declaración sean impuestas penas pecuniarias proporcionales al importe del beneficio fiscal obtenido, así como sanciones no pecuniarias.

IX. Experiencia en el Reino Unido

La Fundación Impuestos y Competitividad señaló que en el Reino Unido se introdujo el sistema *Disclosure of Tax Avoidance Schemes* (DOTAS) en 2004, con posteriores modificaciones en 2006, 2011 y 2016 y con el *Finace Bill* en 2017 que modificó la obligación de revelación con relación a los impuestos indirectos se incrementó el nivel de transparencia, habiéndose reportado más de 2350 esquemas, de los cuales “925 han sido bloqueados mediante la adopción de modificaciones normativas”³⁹. En Reino Unido las sanciones por infracción de la obligación de comunicación la imponen y fijan los tribunales y pueden oscilar desde seiscientas a cinco mil libras por día transcurrido desde que debió notificarse el esquema hasta la fecha de la imposición de la sanción, con un máximo de un millón de libras⁴⁰.

³⁹ Fundación Impuestos y Competitividad, “Plan de Acción...”, 13.

⁴⁰ Fundación Impuestos y Competitividad, “Plan de Acción...”, 13.

X. *Problemas subyacentes de la declaración obligatoria de esquemas de planificación fiscal agresiva*

Ahora bien, habiendo precisado muy someramente las características del informe realizado por la OCDE a propósito de la acción 12, es preciso realizar ciertas observaciones y de los aspectos negativos que se esconden detrás del Plan BEPS y, especialmente, de la implementación de esta medida.

Uno de los conceptos que más problemas ha generado en los años recientes es el de la planificación fiscal agresiva. Su falta de concreción auspicia a que Administraciones tributarias alrededor del mundo, así como tribunales adopten medidas tendentes a buscar o cazar supuestas prácticas, esquemas o catálogos abusivos, pero, paradójicamente, desconociendo *per se* qué es lo ilegítimo o abusivo de su concreción. Ergo, ocurre otra gran dificultad: poder discernir entre la elusión, economía de opción (conductas estas autorizadas por el ordenamiento jurídico) de aquellas supuestas planificaciones fiscales agresivas. Países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Irlanda y Portugal ya tienen cierto camino recorrido en ese sentido y aun cuando su experiencia es muy valiosa a los fines de la implementación de un plan, lo cierto es que en el fondo lo que se está reproduciendo es una criminalización de la planificación fiscal.

Fraga-Pittaluga se refiere a una satanización de la planificación fiscal por parte de la OCDE, especialmente en el informe final de la Acción 12 del Proyecto OCDE-G20 sobre el BEPS, en el cual se plasmó que uno de los principales retos a los que se enfrentan las Administraciones tributarias es la falta de información puntual sobre técnicas de planificación fiscal agresiva⁴¹. Seguidamente, indicaría el autor en referencia que dicho plan le genera estupor, teniendo en cuenta un elemento central, el cual es: pretender imponer una obligación de revelar planificaciones fiscales potencialmente agresivas o abusivas, cuando este concepto todavía no ha sido definido⁴².

Andrade manifiesta que la planificación fiscal agresiva es un concepto jurídico indeterminado, aunado a que no existe una definición clara de lo que implica este concepto ni su delimitación con los supuestos de economía de opción, sobre el mismo orbitan conceptos de estricto contenido moral que, por sus características, revisten un fuerte componente subjetivo imposible de definir *a priori*, como por ejemplo la locución de resultados indeseables, situación que dificulta

⁴¹ Luis Fraga-Pittaluga, *La Defensa del Contribuyente...*, 181.

⁴² Luis Fraga-Pittaluga, *La Defensa del Contribuyente...*, 181.

la posibilidad del particular de prever el resultado de sus actuaciones y delimitar el contenido de sus derechos y obligaciones⁴³.

De esta forma, el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados al otorgar un alto grado de discrecionalidad a la Administración en sus actuaciones pone en vilo la vigencia de los principios de legalidad al ser ajena a la materia tributaria, a la tutela de la seguridad jurídica, certeza y transparencia, por lo cual, acudir a ella, implica el cercenamiento de los derechos señalados⁴⁴.

Por último, para esta autora, dejar de cumplir con la obligación de preparación de reportes adicionales por las empresas sobre información patrimonial, contable y contractual establecida en el Plan BEPS en las acciones 12 y 13, que conlleva la aplicación de sanciones para las empresas, genera dos preocupaciones esenciales que si bien son reconocidas por los informes preparados por la OCDE, no aportan soluciones claras que eviten los potenciales daños de estas medidas, vale decir, i) los costos administrativos relacionados con la preparación y suministro de información que lesionan la libertad económica, al tener la empresa que destinar importantes recursos pero no a la realización de la actividad elegida; y ii) la necesidad de garantizar la confidencialidad de la información y que solo sea empleada para fines fiscales, sin que exista el riesgo de que sea transmitida a terceras personas, lo cual podría conllevar la lesión frontal del derecho a la intimidad⁴⁵.

Rodelo señala, con mucha razón, que los ordenamientos tributarios no contienen premisas normativas claras sobre el concepto de planificación fiscal agresiva, dando lugar a zonas legales grises, difíciles de identificar, allende que el concepto de agresivo o abusivo ofrece una dificultad conceptual⁴⁶.

Calderón y Quintas brindan una perspectiva diferente, al indicar que la planificación fiscal agresiva no constituye un nuevo concepto legal diseñado para prevenir prácticas fiscales abusivas; a su juicio, estaríamos ante un nuevo principio-guía que contribuye a articular el cambio de paradigma y permitirá una

⁴³ Betty Andrade R., “BEPS, *soft law* y derechos humanos”, 157.

⁴⁴ Betty Andrade R., “BEPS, *soft law* y derechos humanos”, 157.

⁴⁵ Betty Andrade R., “BEPS, *soft law* y derechos humanos”, 157. En el mismo sentido se pronuncia Rodelo al indicar que el proyecto de reforma tributaria de Colombia propuso incorporar un régimen de revelación obligatoria de esquemas de planeación fiscal agresiva al considerarla inconstitucional por violar los derechos del secreto profesional, libertad de empresa y a la no autoincriminación. Ana María Rodelo A., “La obligación de revelar esquemas de planeación fiscal agresiva o abusiva en el ordenamiento colombiano”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario* N.º 78 (2018): 224.

⁴⁶ Ana María Rodelo A., “La obligación de revelar...”, 204.

nueva forma de entender la fiscalidad, sin descartar lógicamente posibles interpretaciones post-BEPBS⁴⁷.

El problema de esta expresión es que abre la puerta a que diferentes Administraciones tributarias, especialmente en países latinoamericanos la llenen de contenido al calor de un criterio *ad portas*, si podemos decirlo de alguna manera, es decir, que no ha sido establecido y del cual el contribuyente no ha tenido idea de su existencia hasta ese momento, especialmente por la ausencia de una norma que la establezca. Cierto es que los rasgos o marcadores a los que hace referencia el informe de la OCDE, a propósito de la Acción 12 *ut supra* mencionada, ayude mucho, pero en cualquier caso cómo medir que esa reducción de la base imponible que se produce por virtud del uso de una planificación produce efectos negativos o positivos en el entorno económico.

Otro tema que debe advertirse es que atiborrar a contribuyentes de regulaciones, flebotomía conceptual y aumentos de tasas impositivas procura que, ante dicha asfisia por sobrevivir, sofistiquen la planificación de sus obligaciones fiscales o muden sus empresas a otras jurisdicciones más libres y espontáneas. En Estados Unidos se elaboró un estudio que determinó en qué medida la exigencia de revelación de posiciones fiscales agresivas al Fisco a través de la declaración *Uncertain Tax Positions* (UTP) estaba afectando al comportamiento de grandes empresas, dando cuenta que: i) grandes multinacionales con relación a complejas operaciones empresariales difíciles de detectar para el *Internal Revenue Service* (IRS) han modificado el modo en que revelan la información sobre posiciones agresivas en los estados financieros; ii) se adoptan comportamientos de consistencia entre estados financieros y UTP, pero sin que ello suponga una renuncia a la planificación fiscal o la adopción de posiciones fiscales agresivas por parte de las multinacionales; y iii) de esta forma, las multinacionales lejos de responder a mecanismos de gestión de riesgos fiscales, minimizándolos, han reaccionado adoptando comportamientos estratégicos que se proyectan sobre el modo en que se presenta sus estados financieros, lo cual afecta negativamente a estos erosionando el principio de imagen fiel y la calidad de la información recogida en los mismos⁴⁸.

⁴⁷ José M. Calderón C. y Alberto Quintas S., “Una aproximación al concepto de Planificación Fiscal Agresiva”, *Revista Análisis Tributario*, N.º 337 (2016): 18.

⁴⁸ José M. Calderón C. y Alberto Quintas S., “Una aproximación ...”, 16. El estudio citado puede conseguirse en: Erin Towery, “How do disclosures of tax aggressiveness to tax authorities affect reporting decisions? Evidence for Schedule UTP”, *The University of Texas at Austin, Red McCombs School of Business* (2012)

En ese sentido, Bravo realizó un interesante estudio comparativo en el catálogo de esquemas tributarios de Chile y el Reino Unido⁴⁹. En tal trabajo el autor indicó que una vez concluyó el informe del Comité Aaronson introdujo una nueva norma general antielusiva en la Ley de Presupuesto del año 2013 (*Finance Act 2013*), cuyo principal objetivo consistió en contrarrestar los casos extremos de elusión tributaria y no el núcleo de la planificación tributaria responsable, ya que “no se consideró que todos los casos de ahorro o planificación tributaria consistieron en elusión, sino sólo aquéllos que representaban esquemas inusuales de los contribuyentes alejados de planificaciones comúnmente aceptadas en dicho país”⁵⁰.

Seguidamente, indicaría que el núcleo de la norma general antielusiva del Reino Unido se basa en la siguiente estructura: i) obtener una ventaja tributaria; y ii) el arreglo no cumple con los acuerdos de doble prueba de razonabilidad (*double reasonableness test*) la cual se basa en dos características: a) si el medio para lograr esos resultados implica uno o más pasos artificiales o anormales; y b) si los esquemas tienen por objeto aprovechar las deficiencias de las normas tributarias⁵¹.

Un caso interesante de este estudio resulta del hecho de que en Chile la norma general antielusiva contempla un procedimiento de autorización, en el cual los contribuyentes puedan solicitar un pronunciamiento previo y específico a las autoridades fiscales oficiales para comprobar si una transacción en particular pueda considerarse *a priori* como abusiva; no obstante, el *Her Majesty's Revenue and Customs* (HMCR) descartó dicho sistema al considerar que impondría cargas de recursos adicionales a los contribuyentes y a la Administración, además que le otorgaría facultades discrecionales que puede constituir un error de cara a ciertos principios constitucionales, por el contrario, en Reino Unido se decantaron por un grupo asesor independiente cuyo pronunciamiento tiene la calidad de opinión no vinculante⁵².

Este grupo asesor señalará si “el esquema es o no elusivo, haciendo pública su opinión. La legislación inglesa prefirió optar por un sistema en que el Grupo Asesor del GAAR sea el encargado de revisar y emitir una opinión previa en vez del HMRC, ya que es un derecho del contribuyente de obtener decisiones basadas en criterios de imparcialidad. En otras palabras, si el HMRC es el llamado a dar una opinión previa de un esquema que posteriormente puede llevar

⁴⁹ Pablo Bravo B., “El catálogo de esquemas tributarios. Un análisis comparado entre los catálogos publicados en Chile y el Reino Unido”, *Anuario de Derecho Tributario* N.º 12, (2020): 60.

⁵⁰ Pablo Bravo B., “El catálogo de esquemas...”, 61.

⁵¹ Pablo Bravo B., “El catálogo de esquemas...”, 63.

⁵² Pablo Bravo B., “El catálogo de esquemas...”, 63.

a tribunales (y ante los cuales defienda el interés fiscal), se podría afectar la debida imparcialidad”⁵³.

Por tal motivo, la declaración de posiciones o esquemas de planificación fiscal agresiva, por ahora, lejos de resultar una oportunidad para incrementar ingresos fiscales o evitar supuestas inequidades en el sistema podría producir otros epifenómenos más complejos y costosos para los países que decidieron o decidan adoptar tales medidas, *v.g.* huida de empresas a otros territorios más favorables en términos impositivos, altos costos para la Administración por cuanto, aun cuando las inspecciones deberían reducirse, el análisis de tales esquemas produce otros costes que podrían ser mayores.

XI. Conclusiones

PRIMERA: Uno de los principales deberes de colaboración es el de la información, que implica la imposición de determinadas obligaciones jurídicas a los particulares.

SEGUNDA: Los registros y en especial el RIF constituyen el principal puente que conecta la actividad del contribuyente con la Administración tributaria.

TERCERA: El deber de exhibir el RIF en un lugar visible no se justifica, ni siquiera en el supuesto que las fiscalizaciones o verificaciones que ejecute la Administración se realicen con cierta periodicidad en el entendido que abreviaría su actividad.

CUARTA: las declaraciones son otro medio de información entre el universo de contribuyentes y el Fisco, en el cual la confianza es su principal jamba.

QUINTA: la garantía constitucional del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones arroja la relación entre los contribuyentes (*lato sensu*) y sus asesores tributarios, sin importar su profesión.

SEXTA: el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado que engloba a su persona, propiedades y familia.

SEPTIMA: el derecho a la intimidad y potestades de investigación o inspección tributaria deben cohonestarse en su aplicación simultánea, de modo que ninguna de ellas sufra más menoscabo que el que resulte estrictamente indispensable para dar cumplida satisfacción a la otra.

⁵³ Pablo Bravo B., “El catálogo de esquemas...”, 63.

OCTAVA: La planificación fiscal agresiva es un concepto que le falta concreción y esa ambigüedad pudiera repercutir en los derechos de intimidad de los contribuyentes.

Tribunales Laborales venezolanos frente al arbitraje

Giuliana Ceccarelli*

pp. 37-58

Recibido: 28 jul 2021

Aceptado: 11 nov 2021

Sumario

I. Introducción | II. Arbitrabilidad | III. Derecho laboral y arbitraje | IV. Arbitrabilidad laboral | V. Orden público y arbitraje laboral | VI. Arbitraje en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) | VII. Arbitraje en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) | VIII. Arbitraje laboral en Centros de Arbitraje | IX. Conclusiones | X. Recomendaciones

* Abogada Summa Cum Laude. Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil. Universidad del Zulia, Maracaibo. Venezuela.

Tribunales Laborales venezolanos frente al arbitraje

Resumen: El presente artículo está destinado a analizar el comportamiento de los tribunales laborales venezolanos frente al arbitraje. Los conflictos de naturaleza laboral; bien sea individuales o colectivos; pueden ser sometidos a arbitraje, el problema radica en la postura que adoptan los tribunales laborales frente a este medio alternativo de resolución de conflictos.

Palabras Claves: Arbitrabilidad | Orden público | Conflictos laborales individuales | Contrato de trabajo.

Venezuelan labor tribunals' view of arbitration

Abstract: The overall objective of this research was to analyze the behavior of the Labor Tribunals related to arbitration, due to the fact that it is possible to subscribe arbitration clauses in labor contracts or collective bargaining agreements. However, the problem does not lie in the possibility to submit or no arbitration clauses, the problem lies in the way our labor judicial system treats arbitration clauses.

Key Words: Arbitrability | Labor contracts | Public order | individual bargaining agreements.

Los medios alternos de resolución de conflicto proponen alternativas donde la solución viene dada por las propias partes, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 253 plantea que 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 auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

En el mismo sentido, el artículo 258 establece que la ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

En el mismo orden de ideas, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de sus distintas salas ha ido desarrollando el arbitraje como un mecanismo para dar tutela judicial efectiva, abriendo la puerta, para considerar en principio, al arbitraje como un mecanismo para descongestionar la sede judicial, sin embargo, la evolución con relación a este medio de resolución de conflicto ha sido tal, que hoy en día se podría hablar de un derecho al arbitraje, como derecho fundamental.

Hoy en día en Venezuela la tendencia es hacia una evolución del arbitraje, es considerar este medio de resolución de conflictos en áreas “sensibles” como lo ha denominado nuestro legislador, una de esas áreas sensibles protegidas por el principio tuitivo sería el derecho laboral.

Con relación a este particular, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en lo sucesivo LOPT¹, contempla la competencia de los Tribunales del Trabajo para sustanciar y decidir los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje, estableciendo en su articulado la posibilidad de acudir a arbitraje antes o después de instaurado el conflicto.

Mientras que, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras², en lo sucesivo LOTTT, establece el arbitraje en conflictos colectivos

¹ Gaceta Oficial nro. 37.504 del 13 de agosto de 2002.

² Gaceta Oficial nro. 6.076 del 07 de mayo de 2012.

incluso prevé el arbitraje obligatorio y una suerte de arbitraje institucional de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley Orgánica.

De lo anterior se evidencia, como en material laboral los cuerpos normativos que rigen la materia plantean diversos escenarios que pueden suscitarse, el presente artículo está destinado a analizar lo dispuesto por la LOPT y la LOTT, así como el comportamiento de los Tribunales Laborales frente al arbitraje.

II. Arbitrabilidad

Al hablar de arbitrabilidad, hablamos de la aptitud de la causa para ser objeto de arbitraje, en la práctica el punto de partida es que todo puede someterse a arbitraje, sin embargo, los Estados establecen limitaciones que tienen que ver con los derechos privados relacionados con intereses públicos, por lo que la manera de proteger esos intereses es limitando la posibilidad de acudir a arbitraje.

Ahora bien, se cuenta con dos acepciones de arbitrabilidad, la arbitrabilidad subjetiva y la arbitrabilidad objetiva. Por su parte, la arbitrabilidad subjetiva o *ratione personae*, depende de la persona que manifiesta su consentimiento para ir a arbitraje, en esta acepción, encontramos lo relacionado a la capacidad del sujeto de someterse a arbitraje.

Mientras que, la arbitrabilidad objetiva, depende de la materia, en esta acepción nos referimos a controversias sometidas a arbitraje; a lo largo del tiempo hemos visto evolución en este punto, la tendencia es hacia la expansión de lo que puede ir a arbitraje.

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 18 de julio de 2008, sentencia número 1186³, sostuvo la siguiente postura:

“(…) Para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes (…).”

³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1186, del 18 de julio de 2008. Expediente nro. 08-0763.

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 18 de octubre de 2018, en sentencia numero 0702⁴ estableció lo siguiente:

(...) a modo de conclusión, resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Es por ello por lo que los laudos arbitrales definitivamente firmes contentivos de alguna desaplicación por control difuso han de ser sometidos a la consulta obligatoria a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Vid. Sentencia de esta Sala N° 347/2018).

De lo anterior se evidencia como la Sala Constitucional a través de la sentencia transcrita le da el lugar que le corresponde a los ciudadanos para decidir cómo y dónde intentarán solventar sus diferencias y lo harán de mutuo acuerdo, por escrito, en forma clara e inequívoca. Finalmente, la Sala Constitucional equipara la actividad jurisdiccional de los árbitros a la de los jueces, afirmando que la potestad arbitral no es “el eclipse” de la jurisdicción judicial y que ambos sistemas, judicial y arbitral, pueden convivir.

En este mismo hilo argumentativo, la Ley de Arbitraje Comercial⁵, en su artículo 3, dispone la posibilidad de someter a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedando exceptuadas las siguientes controversias:

- “a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.0702, del 18 de octubre de 2018. Expediente nro. 17-0126.

⁵ Gaceta Oficial nro. 36.430, del 07 de abril de 1998.

e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme”.

De manera que, en el sistema venezolano existe una identificación de lo arbitrable con lo transable, por lo que debemos acudir a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil, a los fines de determinar las materias donde cabe transacción y las materias donde no cabe transacción.

III. Derecho laboral y arbitraje

Debemos partir de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁶, en su artículo 253, se plantea lo siguiente:

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. 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 o abogadas autorizadas para el ejercicio”.

En el mismo sentido, el artículo 258 dispone “la ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Por su parte, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁷, en el artículo 29 establece que “los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir: 1. Los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje (...)”.

En consecuencia, estas normas comportan la puerta de entrada para que conflictos de naturaleza laboral, sean resueltos mediante la conciliación y arbitraje.

⁶ Gaceta Oficial nro. 36.860 del 30 diciembre 1999.

⁷ Gaceta Oficial nro. 37.504 del 13 agosto 2002.

IV. Arbitrabilidad laboral

De acuerdo con Chillón y Merino⁸, la arbitrabilidad laboral estará condicionada por la capacidad de las partes para poder comprometer cuestiones o conflictos de la rama social del Derecho “disponible” para las partes; fuera de esta limitación, que por otra parte es común a todo el arbitraje como jurisdicción convencional, no existe separación posible, al menos desde el punto de vista doctrinal, entre arbitraje comercial y laboral.

Por su parte, señala Longo⁹ “como regla genérica, sólo es aplicable el arbitraje en aquellos asuntos que admiten la celebración de transacciones y esto, sin duda, reduciría el ámbito de aplicación de los mecanismos arbitrales únicamente a los derechos disponibles”.

Anteriormente se indicó que, en el sistema venezolano existe una identificación de lo arbitrable con lo transable, por lo que en aras de determinar si una controversia es objeto o no de arbitraje, debemos determinar que se entiende por transable.

En este sentido, se debe hacer referencia a los artículos 255 y 256 del Código Procedimiento Civil¹⁰, los cuales establecen lo siguiente:

“**Artículo 255:** La transacción tiene entre las partes la misma fuerza que la cosa juzgada.

Artículo 256: Las partes pueden terminar el proceso pendiente, mediante la transacción celebrada conforme a las disposiciones del Código Civil. Celebrada la transacción en el juicio, el Juez la homologará si versare sobre materias en las cuales no estén prohibidas las transacciones, sin lo cual no podrá procederse a su ejecución”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹¹, en artículo 19 estableció:

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 solo podrán realizarse al término de la relación laboral y siempre que versen sobre derechos litigiosos, dudosos o discutidos,

⁸ José Chillón y José Fernando Merino, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional* (Madrid: Editorial Civitas, 1991), 130.

⁹ Paolo Longo, *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia* (Caracas: Editorial Frónesis, 2004), 70.

¹⁰ Gaceta Oficial nro. 4.209 del 18 septiembre 1990.

¹¹ Gaceta Oficial 6.076 del 07 de mayo de 2012.

consten por escrito y contengan una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos.

En consecuencia, no será estimada como transacción la simple relación de derechos, aun cuando el trabajador o trabajadora hubiese declarado su conformidad con lo pactado.

Los funcionarios y las funcionarias del trabajo en sede administrativa o judicial garantizarán que la transacción no viole de forma alguna el principio constitucional de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

En este mismo hilo argumentativo, la Sala Constitucional en sentencia número 442 del 23 de mayo de 2000¹², respecto de los actos de auto composición procesal y de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, indicó lo siguiente:

“Es por ello que, asumiendo una posición teórica y no dogmática, concluye esta Sala que los modos de autocomposición procesal no son en sí mismos medios atentatorios contra el principio constitucional de la indisponibilidad en juicio (mal llamada ‘irrenunciabilidad’), de los derechos mínimos de los trabajadores, pues a través de ellos lo que se persigue es componer la litis por sus propios participantes, subrogándose dicha decisión a la sentencia de fondo que debía dictar el juez correspondiente y adquiriendo dicha composición los efectos de la cosa juzgada”.

“(…) Lo que no puede el patrono, ni el trabajador, en principio, es renunciar a las disposiciones favorables a la Ley del Trabajo, por ejemplo, celebrar un contrato en que se estipule que no habrá derecho a vacaciones, preaviso, antigüedad, cesantía, etc., pues tal cláusula sería absolutamente nula en cualquier convención, pero el trabajador es libre, al finalizar su contrato de trabajo, de hacer cualquier transacción por las indemnizaciones a que pueda tener derecho en un litigio inmediato o futuro”.

Este criterio fue ratificado por la misma Sala, en la sentencia número 528 del 13 de marzo de 2003¹³, que estableció lo siguiente:

“Esta Sala, considera que la intención del constituyente en el artículo analizado, era la de establecer una especie de indisponibilidad absoluta de derechos, en el comienzo y durante el desarrollo de la relación laboral, -entiéndase discusión de contratos y modificación de los mismos,- pero cuando ésta termina y el trabajador decide acudir a la vía jurisdiccional, la indisponibilidad adquiere un carácter relativo, no por considerar que es indefendible la llamada irrenunciabilidad, sino por el hecho de que el constituyente le da cabida a las formas de autocomposición

¹² Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.442, del 23 de mayo de 2000. Expediente nro. 00-0269.

¹³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.528, del 13 de marzo de 2003. Expediente nro. 02-2304.

procesal, con las cuales el trabajador puede ceder parte de sus derechos, a cambio quizá, de una indemnización oportuna. Es necesario destacar, que esta especie de renuncia no tendrá ningún tipo de valor, en el supuesto de que la misma se encuentre rodeada de algún tipo de vicio del consentimiento o que sea inducida de alguna manera.”

De lo anterior se infiere que en materia laboral cabe la posibilidad de celebrarse transacciones, en el entendido de que el trabajador es libre, al finalizar su contrato de trabajo, de hacer cualquier transacción por las indemnizaciones a que pueda tener derecho en un litigio inmediato o futuro.

V. Orden público y arbitraje laboral

En la práctica el orden público de las disposiciones en esta materia, la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, la concepción de “débil jurídico”, siempre han jugado un rol fundamental, pareciera que este argumento comporta la limitante perfecta para no fomentar la utilización de los medios alternos de resolución de conflicto.

En este sentido, es menester traer a colación lo dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nro. 1.541, de fecha 17 de octubre de 2008¹⁴, referida a la interpretación del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en la referida sentencia se planteó que:

“En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "sensibles" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse por se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.541, del 17 de octubre de 2008. Expediente nro. 08-0763.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial”.

En consecuencia, es perfectamente posible que las partes decidan el procedimiento mediante el cual van a dilucidar su controversia, sin que esto implique violación de normas de orden público, toda vez que los árbitros deberán aplicar las disposiciones de orden público vigentes para la resolución del conflicto planteado. En material laboral en ningún caso implica la renuncia por parte del trabajador a sus derechos, puesto que como bien sabemos estos son irrenunciables, pero sí implica la total aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo que podemos afirmar que al implementar los medios alternativos de resolución de conflicto estamos tocando el aspecto adjetivo y no el aspecto sustantivo de la materia, siendo perfectamente posible someter a arbitraje asuntos de naturaleza laboral.

VI. Arbitraje en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)

La LOPT¹⁵, en su artículo 29 contempla la competencia de los Tribunales del Trabajo para sustanciar y decidir los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje.

En este mismo sentido, en el artículo 138 establece que “el juez, a petición de las partes, ordenará la realización de un arbitraje que resuelva la controversia, a fin de estimular los medios alternativos de resolución de conflictos, en la forma prevista en esta ley”.

De lo anterior se desprende que, pareciera que de acuerdo con este procedimiento el acuerdo arbitral no se presenta previamente al conflicto, como normalmente el arbitraje estipula, sino durante el conflicto y que adicionalmente, es el Juez el que en definitiva tiene la potestad de ordenar o no la celebración del arbitraje.

Seguidamente el referido cuerpo normativo procede a indicar en el resto del articulado, la forma de constituir la junta de arbitraje, la cual estará constituida por tres miembros, árbitros escogidos al azar por el juez, de una lista de árbitros establecida oficialmente por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social. De igual manera, en el artículo 140 y siguientes, se establecen

¹⁵ Gaceta Oficial nro. 37.504 del 13 de agosto de 2002.

los requisitos para ser árbitro, la recusación e inhibición de estos, la forma en que las decisiones de la Junta Arbitral serán tomadas, las facultades de la Junta, lo relacionado al laudo arbitral y la no apelación de las decisiones de la Junta de Arbitraje, dejando a salvo la oportunidad del derecho de las partes de interponer recurso de casación por ante el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social.

Ahora bien, como se observa las partes pueden solicitarle al juez la realización del arbitraje, estando iniciado el conflicto, sin embargo, esta autora se pregunta ¿es posible incluir en los contratos individuales o colectivos cláusulas arbitrales?, en otras palabras, ¿el acuerdo arbitral podrá ser estipulado por las partes antes del conflicto?

Siguiendo las ideas de Hung¹⁶, las partes puedan suscribir una cláusula arbitral en sus contratos de trabajo sean estos individuales o colectivos. Desde el punto de vista, teórico y práctico, pareciera no existir razón alguna para considerar que las partes no pueden suscribir un compromiso arbitral previo al juicio.

Por su parte, Duque¹⁷ considera que “las partes pueden acordar el arbitraje antes de que nazca la controversia, puesto que la LOPT regula el arbitraje que surge en el juicio y no impide el arbitraje laboral compromisorio”.

Sin embargo, algunos autores como Carrasquero¹⁸ no están de acuerdo con este argumento, toda vez que consideran que si la intención del legislador hubiese sido permitir en la LOPT el acuerdo de arbitraje antes de nacida la controversia el legislador hubiese procedido del mismo modo que en la Ley de Arbitraje Comercial.

Continuando con el análisis de lo dispuesto en la LOPT, en su artículo 143, se plantea lo relacionado al costo de los honorarios profesionales de los árbitros, en la parte final del referido artículo se observa textualmente “si el arbitraje es solicitado por el trabajador y este no pudiera pagar los honorarios fijados, serán pagados por el Estado”.

¹⁶ Francisco Hung Vaillant, *El Arbitraje en la novísima Ley Orgánica Procesal del Trabajo* (Caracas: Editorial Concilium 2003), 39.

¹⁷ Román Duque Corredor, “El Arbitraje Laboral Compromisorio”, en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, coord. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas, 2005), 319.

¹⁸ Andrés Carrasquero, “Propuesta sobre el Arbitraje Laboral”, *Revista Derecho del Trabajo* Nro. 6 (enero – diciembre 2008): 331.

De acuerdo con Meza y Navarro¹⁹, de esta disposición deriva la posibilidad de existencia de un acuerdo arbitral previo al surgimiento del conflicto, puesto que el legislador le está otorgando la posibilidad al trabajador de acudir a arbitraje, y no que la solicitud de este sea necesariamente por ambas partes como lo dispone el artículo 138 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Ahora bien, si bien es cierto, de la mencionada disposición normativa podría derivar la posibilidad de incluir cláusulas arbitrales en contratos individuales, no es menos cierto, que la misma comportaría una limitante para el desarrollo del arbitraje laboral, puesto que difícilmente los árbitros estarían dispuestos a llevar un arbitraje sin tener garantizado el pago de sus honorarios profesionales.

De lo anteriormente explicado se evidencia una disparidad de criterios, autores como García²⁰ consideran que no es posible la suscripción de una cláusula compromisoria toda vez que antes del inicio de la relación de trabajo, el derecho no está en el patrimonio del trabajador, mientras que Sarmiento²¹ considera que una cláusula compromisoria es absolutamente necesaria para poder establecer los límites de la controversia.

Por último, Mathies²² considera que “la cláusula arbitral no podría suscribirse al inicio o durante la relación de trabajo, pero si pudiera hacerse al final de esta, al igual que la transacción”.

Debido a la disparidad de criterios mencionados anteriormente, se considera pertinente traer a colación diversos pronunciamientos de los distintos Tribunales de la República, a los fines de observar el comportamiento del Poder Judicial con relación a este particular.

Por su parte, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 813²³, de fecha 03 de junio de 2003. Caso Chevron Texaco Global Technology Services Company, en asunto correspondiente a demanda de Prestaciones Sociales y demás conceptos laborales, donde ambas partes habían suscrito un contrato de operaciones que incluía una cláusula arbitral,

¹⁹ Marlon Meza y Sara Navarro, “El arbitraje en el Proceso Laboral”, en *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, ed. Por Fernando Parra Aranguren (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004), 570.

²⁰ Juan García, *Procedimiento Laboral en Venezuela* (Caracas: Editorial Melvin, 2004), 138.

²¹ Carlos Sarmiento, “Reflexiones sobre el arbitraje procesal laboral en la Ley orgánica procesal del Trabajo”, en *Ley Orgánica Procesal del Trabajo*, vol. 2, ed. Por Fernando Parra Aranguren (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004), 140.

²² Ronald Mathies, *Arbitranedad y Arbitraje* (Caracas: Editorial Oscar Todtmann Editores, 1996), 134.

²³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político- Administrativa. Sentencia nro.813, del 03 de junio de 2003. Expediente nro. 2003-0454.

por la cual las partes se comprometían a resolver cualquier controversia relacionada con el mencionado convenio según el Reglamento de Conciliación de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y después el arbitraje, la Sala dispuso lo siguiente:

“Al respecto, observa la Sala que quienes alegan la falta de jurisdicción pretenden que la controversia sea resuelta a través del arbitraje comercial, el cual ha sido creado con el fin de resolver conflictos en los cuales se discutan derechos de naturaleza comercial, mercantil o industrial; por lo que al estar la parte accionante argumentando la existencia de un vínculo laboral con la sociedad mercantil demandada, manifestando que se ha querido simular otro tipo de relación, son los tribunales laborales los llamados a verificar si en efecto entre el demandante y la sociedad mercantil accionada, existe o existió un vínculo laboral que genere como consecuencia la serie de pasivos laborales reclamados.

Conforme a lo expuesto, considera esta Sala que la pretensión procesal del demandante no puede ser resuelta por un tribunal arbitral, ya que son los tribunales del trabajo, conforme lo dispone el artículo 1º del la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo, los que deben determinar si el asunto contencioso cuyo conocimiento le ha sido sometido por el demandante, quien lo ha calificado como de naturaleza laboral, responde a tal carácter. Así se decide”.

En el mismo sentido, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No.83²⁴, de fecha 24 de enero de 2007, en el caso Suramericana de Transporte Petrolero, CA, caso correspondiente a demanda de Prestaciones Sociales y demás conceptos laborales, donde ambas partes habían suscrito contrato de trabajo y una cláusula arbitral en el referido contrato, dispuso lo siguiente:

“A su vez, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido en forma reiterada que el Poder Judicial venezolano tiene jurisdicción para resolver las controversias que surjan en virtud de las relaciones laborales que se ejecuten dentro del territorio de la República (Vid. Sent. N° 680 de fecha 16 de mayo de 2002 - Sent. N° 474 de fecha 25 de marzo de 2003 - Sent. N° 5980 de fecha 19 de octubre de 2005 y Sent. N° 6510 de fecha 12 de diciembre de 2005).

En el caso bajo estudio el demandante ejecutó sus servicios dentro del territorio venezolano, lo que constituye el vínculo más estrecho como factor de conexión para solucionar la controversia de autos, por cuanto se verifica el supuesto de hecho contenido en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

De esta manera, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político- Administrativa. Sentencia nro.83, del 24 de enero de 2007. Expediente nro. 2006-0444.

Orgánica Procesal del Trabajo, al estar involucrado el orden público, no hay lugar a que la controversia que pudiera surgir entre las partes involucradas en dicho contrato, sea resuelta por medio de un arbitraje y visto que SURAMERICANA DE TRANSPORTE PETROLERO C.A., y SARGEANT MARINE VENEZUELA, S.A. se encuentran domiciliadas en el territorio nacional y es posible determinar la existencia de una relación entre el ciudadano OSWALDO ANTONIO GARCÍA GUIROLA y ellas, los tribunales venezolanos sí tienen jurisdicción para conocer de la presente demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales con ocasión del trabajo prestado y convenido en el país. Así se declara”

Posteriormente, el Tribunal Décimo Tercero (13°) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 21 de marzo de 2019²⁵, en un juicio de Prestaciones Sociales contra la Corporación Andina de Fomento (CAF) declara sin lugar la defensa de falta de jurisdicción, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral.

En el caso bajo estudio, la demandada alega la falta de jurisdicción de los tribunales laborales debido a la existencia de una cláusula arbitral, mientras que el apoderado del actor solicitó se declarara la nulidad de la cláusula arbitral suscrita por las partes.

Ante tales solicitudes, el Tribunal de la causa, con relación a la falta de jurisdicción estableció que visto que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), no contempla un procedimiento para tramitar la defensa de falta de jurisdicción, por lo tanto, el Tribunal considera aplicable el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que debe decidirse con lo que resulte de autos y de los documentos presentados por las partes. Para ello, el Juezador debe admitir y valorar pruebas.

Con relación al argumento de nulidad de cláusula arbitral, la Juzgadora consideró que no era competente para decidir dicha solicitud, toda vez que en razón de las funciones propias del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la solicitud de nulidad de la cláusula arbitral establecida por las partes en el contrato que celebraron, corresponde a la fase de juzgamiento, porque atañe a la naturaleza de la relación que las unió.

²⁵Tribunal Décimo Tercero 13° de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, sentencia de fecha 21 de marzo de 2019.

De lo anteriormente expuesto, se evidencia una total contraposición a lo dispuesto en sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1.541 de fecha 10 de octubre de 2008 y violación de los artículos 253 y 258 de la Constitución y el propio artículo 29.1 de la LOPT.

Así como, violación del Principio de la Competencia de la Competencia (KOMPETENZ / KOMPETENZ) reconocido a los árbitros, principio que establece que el tribunal arbitral es el competente para conocer y decidir acerca de su propia competencia para intervenir en el asunto controvertido.

Ante este particular, esta autora se pregunta ¿Dónde queda lo dispuesto por la Sala Constitucional?, en sentencia nro. 1.067, del 03 de noviembre de 2010, en solicitud de revisión constitucional solicitada por Astivenca Astilleros De Venezuela, C.A, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁶ indicó que:

“Ha prevalecido el llamado control preliminar y sumario de los tribunales, cuyo origen más elaborado se ubica en el sistema francés, conforme al cual los jueces deben hacer un examen prima facie del pacto arbitral y, sólo si se evidencia una manifiesta nulidad de este, es sólo allí que no deben remitir a las partes al arbitraje. Estableciendo que el llamado examen preliminar o prima facie debe limitarse a “(i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito”.

En consecuencia, el Juez únicamente debe verificar que el acuerdo arbitral conste por escrito, sin pronunciarse sobre el contenido del acuerdo, y declarar su falta de jurisdicción. Sin embargo, tal como se evidencia no ocurrió tal situación en el caso indicado anteriormente, si no por el contrario una total violación al sistema arbitral.

En conclusión, si es posible incluir cláusulas arbitrales en contratos individuales de trabajo, toda vez que no existe prohibición expresa que indique lo contrario, sin embargo, a modo de ver de esta autora, el problema no radica en la suscripción o no de cláusulas arbitrales en los contratos individuales, sino en el tratamiento posterior, en virtud de que al momento de querer hacer valer la cláusula arbitral se observa una actitud reacia por parte de los Tribunales Laborales de respetar la validez la cláusula y declarar la falta de jurisdicción, comportando esta situación un problema incluso mayor al problema que devengó la utilización de medios alternos de resolución de conflictos, generando para las partes una pérdida de tiempo y recursos.

²⁶ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia nro.1.067, del 03 de noviembre de 2010. Expediente nro. 09-0573.

VII. Arbitraje en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT)

La LOTTT²⁷, dispone en el artículo 493 y siguientes, el arbitraje en conflictos colectivos, indicando que se procederá a la constitución de una junta de arbitraje, formada por tres miembros y las decisiones de la junta de arbitraje serán tomadas por mayoría de votos.

De igual manera, el referido cuerpo normativo menciona las atribuciones de la Junta y lo referente al dictado del laudo arbitral, el cual deberá ser dictado dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya constituido la junta de arbitraje. Sin embargo, la junta podrá prorrogar este lapso hasta por treinta días. El laudo será publicado en Gaceta Oficial y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

Con relación a los recursos a ejercer en contra del Laudo Arbitral, ni la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) ni la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) dispone lo conducente, sin embargo, en contra del laudo arbitral se podrá ejercer Recurso de Nulidad ante los Tribunales Laborales, recurso que debería ser sustanciado con base al procedimiento de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) por aplicación de la sentencia No. 1313 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 10 de octubre de 2014 (Caso Procurador General del Estado Monagas). No obstante, la realidad estriba en que la tramitación del referido recurso es conforme al procedimiento ordinario de la Ley Orgánica del Trabajo (LOPT), situación que comporta una necesaria modificación en el referido cuerpo normativo.

En el mismo orden de ideas, la LOTTT, en su artículo 492 establece “arbitraje obligatorio”, indicando que en caso de huelga que por su extensión, duración o por otras circunstancias graves ponga en peligro inmediato la vida o la seguridad de la población o de una parte de ella, aun cuando la junta de conciliación no haya concluido sus labores, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo, mediante Resolución motivada, dará por terminado el procedimiento conflictivo y por tanto la huelga y someterá el conflicto a arbitraje, situación que es una excepción al carácter voluntario del arbitraje.

De igual manera, la LOTTT, en su artículo 502 regula el arbitraje en conflictos individuales indicando que “el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo y Seguridad social podrá designar funcionarios

²⁷ Gaceta Oficial nro. 6.076 del 07 de mayo de 2012.

especiales para intervenir en la conciliación y el arbitraje de conflictos individuales, colectivos y demás competencias que se les asignen”, lo cual contrapone lo dispuesto en la LOPT, cuerpo normativo que procede a indicar en los artículos 138 y siguientes, la forma de constituir la junta de arbitraje, la cual estará constituida por tres miembros, árbitros escogidos al azar por el juez, de una lista de árbitros establecida oficialmente por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social.

Por su parte, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo²⁸, en su artículo 174, dispone la organización del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED) adscrito al Ministerio del Trabajo, en opinión de esta autora este Servicio podría ser una de las instancias encargadas de promover y sustanciar el arbitraje que sea establecido por las partes en el contrato de trabajo, sin embargo, el SENAMED aún no se encuentra desarrollado por el Ministerio.

Con la finalidad de observar el comportamiento de los tribunales venezolanos con relación al arbitraje en conflictos colectivos, se considera pertinente traer a colación sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia no. 680²⁹, de fecha 04 de junio de 2008, caso Consorcio Otepy- Greystar, relacionado con consulta planteada por el Juzgado Trigésimo Segundo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en virtud de la sentencia dictada en fecha 12 de marzo de 2008, mediante la cual declaró su falta de jurisdicción para conocer de la demanda por cobro de diferencia de prestaciones sociales, al considerar que le corresponde a una Comisión de Arbitramento, que será constituida a los fines de determinar si el demandante estaba amparado por la convención colectiva petrolera, y pronunciarse sobre la reclamación inherente al cobro de diferencia de prestaciones sociales, dispuso lo siguiente:

“Aunado a lo antes expuesto, aprecia la Sala que el ciudadano Hermán Roberto Cipriano Arrieche es un universitario que desempeñó durante todo el curso de su relación laboral con la parte demandada, el cargo de Ingeniero de Sistemas, que devengó un salario básico mensual de dos mil setecientos noventa y ocho dólares de los Estados Unidos de América con ochenta y cinco céntimos (U.S.A. \$ 2.798,85), y que resulta evidente que las labores realizadas por el demandante implicaban conocimientos técnicos especializados, razón por la cual, conocía secretos profesionales relacionados con la actividad de la empresa, tales circunstancias necesariamente, lo califican en una categoría distinta a los empleados de la

²⁸ Gaceta Oficial nro. 38.426 del 28 de abril de 2006.

²⁹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia nro.00680, del 04 de junio de 2008. Expediente nro. 2008-0326.

Nómina Diaria o Nómina Mensual Menor, la cual está conformada por personal obrero o secretarial, entonces queda expresamente excluido de la Convención Colectiva Petrolera 2005-2007 por pertenecer a la categoría respectiva “personal propio” de la llamada Nómina Mayor. Así se declara.

Constan en los autos dos ejemplares de la CCP que fueron promovidos en la presente causa, el primero, por la representación judicial de la parte demandante y el segundo, por el apoderado judicial del consorcio demandado; en el Anexo 1 de dicha Convención Colectiva Petrolera 2005-2007, aparece la descripción de la clasificación de los cargos y se puede constatar de la misma que el cargo desempeñado por el ciudadano *Hermán Roberto Cipriano Arrieche*, el de Ingeniero de Sistemas, no aparece en dicha clasificación, por lo cual no estaría en el supuesto de hecho para la aplicación de la mencionada Convención Colectiva Petrolera 2005-2007”.

En orden a lo expuesto, esta Sala declara que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer el caso de autos, lo cual acarrea que la presente reclamación por cobro de prestaciones sociales, deba ser conocida por una Comisión de Arbitramento constituida para tales efectos. Así se declara”.

En consecuencia, se evidencia como la Sala declaró su falta de jurisdicción a favor del arbitraje establecido por las partes en el Contrato Colectivo Petrolero, por lo tanto, se reconoció la validez de la cláusula arbitral previa al proceso, y no fue necesario que las partes manifestaran su voluntad de someterse al arbitraje en el proceso judicial.

Sin embargo, años más tarde, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 18 de abril de 2018, No. 327³⁰ (caso *Schlumberger Venezuela, S.A*) estableció lo siguiente:

(...) es importante resaltar que si bien el artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo siguiendo el contenido programático de los artículos 253 y 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promueve la utilización de los medios alternos de resolución de conflictos como modo dirimir controversias, ello no es óbice para limitar o irrumpir el acceso a la vía jurisdiccional, si no existe previsión expresa o acuerdo entre las partes que lo disponga, supuestos éstos que no se materializaron en el asunto sub examen y por ende no podría pensarse que la conclusión aquí arribada pretenda la eliminación o desestimulación de los mismos, menos aun si se tiene en consideración que de la propia exégesis de la cláusula cuestionada -expuesto en párrafos anteriores- debe entenderse que las partes contratantes dispusieron de un mecanismo totalmente potestativo, al emplearse en el texto de la disposición la palabra “podrá”, que no constituye un arbitraje per se, a los fines de ventilar los asuntos relacionados a la exclusión de

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia nro.327, del 18 de abril de 2018. Expediente nro. 15-393.

un trabajador o trabajadora respecto de la aplicación del cuerpo normativo convencional bajo análisis.

Por vía de consecuencia, tampoco se infringirían los artículos 508 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 y 432 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, puesto que el proceder del sentenciador al resolver el asunto bajo análisis, no estuvo dirigido a inobservar el carácter normativo que ostentan las estipulaciones de las convenciones colectivas de trabajo; por el contrario, en su decisión privó la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, el cual -precisamente- se invoca en el contrato colectivo de la industria petrolera para incluir o no a un trabajador dentro del ámbito subjetivo de aplicación (...).

Por lo tanto, la Sala consideró que el arbitraje dispuesto en la contratación colectiva era potestativo, al emplearse en el texto de la disposición la palabra “podrá” y que el mismo no constituía un arbitraje per se, por lo que no hubo declaración de falta de jurisdicción.

Es menester traer a colación lo dispuesto por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia Nro. 1209, de fecha 19 de junio de 2001³¹, la referida Sala estableció “el acuerdo arbitral no debe contener vacilaciones o contradicciones en cuanto a la voluntad de someterse o no en árbitros de lo contrario se configuraría un acuerdo de arbitraje patológico del tipo optativo, ya que no excluye la jurisdicción de los tribunales judiciales”.

En consecuencia, los acuerdos de arbitraje optativos carecen de validez, no solo en materia laboral, sino en cualquier otra materia. Sin embargo, pareciera que en conflictos colectivos de trabajo, los tribunales venezolanos tienden a mostrarse mas abiertos en cuanto al arbitraje, mas no es posible afirmar que la tendencia es hacia una evolución del mismo, toda vez que los jueces siguen limitando el acudir al sistema arbitral, aunado a la intervención por parte del Estado, imponiendo el arbitraje obligatorio en diversas situaciones, lo cual atenta totalmente contra principio de autonomía de la voluntad de las partes.

VIII. Arbitraje laboral en Centros de Arbitraje

En la actualidad no se ha tramitado ningún arbitraje laboral ni en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) ni en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, situación que no resulta extraña, si observamos que no existe una norma en el ordenamiento jurídico laboral que regule el arbitraje institucional que pudiera ser desarrollado en los referidos centros, sin em-

³¹ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia nro. 1209, del 19 de junio de 2001. Expediente nro. 0005.

bargo, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, prevé la creación del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED), institución que sería de gran ayuda al momento de resolver los conflictos entre las partes. No obstante, los Centros de Arbitraje pudieran cumplir perfectamente esta función.

De acuerdo con el profesor Reinaldo Guilarte³², el arbitraje institucional estaría siendo reconocido en el artículo 174 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo con la creación del SENAMED, por tal situación las partes pudieran estipular perfectamente un arbitraje institucional ante los centros de arbitraje, de conformidad con los artículos 96 y 258 de nuestra Constitución Nacional, así como de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Arbitraje Comercial.

IX. Conclusiones

De todo lo anteriormente expuesto se pueden inferir diversas consideraciones:

La arbitrabilidad se refiere a la aptitud de una causa para someterse a arbitraje, en el sistema venezolano existe una identificación de lo arbitrable con lo transable, por lo que debemos acudir a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Civil, a los fines de determinar las materias donde cabe transacción y las que no.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 253 y 258 y la Ley orgánica Procesal del Trabajo, en su artículo 29, comportan la puerta de entrada al arbitraje en materia laboral.

La arbitrabilidad laboral está condicionada por la capacidad de las partes para poder comprometer cuestiones o conflictos de la rama social del Derecho “disponible” para las partes, es decir, en materia laboral cabe la posibilidad de celebrarse transacciones siempre y cuando las mismas versen sobre derechos litigiosos.

Que las normas contenidas en la legislación laboral sean de orden público, no comporta impedimento alguno para no hacer uso de los medios alternos de resolución de conflicto, tal como se indicó, las partes no pueden relajar las normas de orden público, pero si pueden determinar el procedimiento mediante el cual pretenden dilucidar su controversia, toda vez que de esta manera están trastocando el aspecto adjetivo de la materia y no el aspecto sustantivo.

³² Reinaldo Guilarte, “Arbitraje como medio de resolución de conflictos laborales”, *Arbitraje Venezuela* No. 3, (diciembre 2017): 09 – 10.

El arbitraje estipulado en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), deja la puerta abierta a diversas consideraciones, como es la posibilidad de suscribir una cláusula arbitral antes de iniciado el conflicto, en este punto hay una discusión en la doctrina, en consideración de esta autora si es posible la suscripción de cláusulas arbitrales.

El rol completamente intervencionista por parte del Estado, cuando el arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y su aspecto más atractivo es básicamente que las partes son dueñas de su propio proceso, y son ellas quienes le indican al árbitro los límites de su actuar, a través del acuerdo arbitral.

La falta de organización del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED), institución que sería de gran ayudar al momento de resolver los conflictos entre las partes, sin embargo, los Centros de Arbitraje pudieran cumplir perfectamente esta función.

El recurso de casación dispuesto por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), situación que atenta contra el sistema arbitral, toda vez que como bien se sabe el recurso para atacar los laudos arbitrales es el Recurso de Nulidad, el cual si está previsto en la Ley Orgánica los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT).

La contraposición entre el arbitraje dispuesto en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) y el arbitraje dispuesto en la Ley Orgánica los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), ambos cuerpos normativos disponen de formas para la constitución de la junta arbitral, diferentes, en una interviene el juez y en otra los trabajadores y patronos.

La negativa por parte de la jurisdicción ordinaria ante la existencia de cláusulas arbitrales y la falta de desarrollo del arbitraje laboral en los Centros de Arbitraje.

X. Recomendaciones

Ahora bien, al final del día, partimos de la autonomía de la voluntad de las partes, si bien es cierto en materia laboral contamos con disposiciones de orden público, también es cierto que el derecho laboral es básicamente derecho contractual, donde patrono y trabajador deciden establecer las condiciones que ha de regir su relación, por lo que podría ser perfectamente factible la inclusión de cláusulas arbitrales en contratos individuales de trabajo, sin embargo, el problema no radica en la inclusión o no de las referidas cláusulas, sino en el tratamiento a las mismas, puesto que la realidad es que no contamos con un sistema judicial laboral que reconozca la validez de las cláusulas arbitrales.

Contamos con cuerpos normativos que regulan el arbitraje en materia laboral, sin embargo, en la práctica al momento de acudir al Circuito Laboral y alegar la falta de jurisdicción, por mediar entre las partes una cláusula arbitral, los Tribunales Laborales se muestran reacios a declarar su falta de jurisdicción, comportando esta situación una pérdida de tiempo y recursos adicionales a las partes, quienes no solo estarían enfrentándose al conflicto que originó la activación de la cláusula arbitral, sino que también se estarían enfrentando al tema de jurisdicción, que debería estar resuelto con la inclusión del compromiso arbitral en el contrato.

Como abogados podemos fomentar la inclusión de cláusulas arbitrales, pero en opinión de esta autora se requiere una consciencia arbitral por parte del Poder Legislativo y Poder Judicial, a través de reformas en las disposiciones normativas y creación de organismos que coadyuven al desarrollo del arbitraje laboral.

La Regulación del Matrimonio en las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela de 1687

Résmil Eduardo Chacón Santana*

pp. 59-113

Recibido: 14 sept 2021

Aceptado: 13 nov 2021

Sumario

I. Introducción | II. Los sínodos diocesanos venezolanos | III. El Obispo Diego de Baños y Sotomayor y el sínodo caraqueño | IV. Las Constituciones Sinodales de 1687 y la regulación del matrimonio | V. De los esponsales | VI. De lo que ha de preceder al matrimonio | VII. La Bula Satis Vobis Copertum | VIII. De lo que han de observar y guardar los curas en la celebración del Santo Sacramento del Matrimonio | IX. Del matrimonio de los esclavos e indios | X. Advertencias para los curas y doctrineros de indios | XI. De las bendiciones nupciales y del registro matrimonial | XII. La pragmática sanción de 1776 | XIII. Conclusiones

* Licenciado en Educación, Ciencias Sociales, mención Cum Laude (UCAB), Magíster Scientiarum en Historia de Venezuela mención Cum Laude (UCAB), Abogado mención Summa Cum Laude (UCV), Especialista en Derecho Mercantil (UCV), Profesor de Historia de Iberoamérica (UMA), Profesor de Instituciones de Derecho Mercantil I (UMA), Profesor de Venezuela y su Circunstancia (UMA). Abogado en ejercicio en materia civil y mercantil.

La Regulación del Matrimonio en las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela de 1687

Resumen: Las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela de 1687 constituyen un documento fundamental para la historia eclesiástica y del derecho venezolanas. Como normas regulatorias de la vida del clero y de los fieles, contienen los más diversos aspectos, algunos de los cuales tienen que ver con realidades jurídicas. Uno de ellos es el matrimonio, ya que para la época era la iglesia la que tenía la autoridad y la jurisdicción en esta materia. En el presente trabajo estudiaremos las normas relativas a la institución matrimonial contenidas en la Constituciones Sinodales, relacionándolas con el derecho canónico vigente para aquel momento, lo que nos permitirá tener una visión general acerca de la realidad del sacramento-contrato nupcial en los siglos XVII y XVIII.

Palabras Claves: Constituciones | Esponsales | Matrimonio | Sinodales | Sínodo | Velaciones.

The Regulation of Marriage in the Synodal Constitutions of the Venezuelan Bishopric of 1687

Abstract: The Synodal Constitutions of the Bishopric of Venezuela of 1687 are a fundamental document for the ecclesiastical history and Venezuelan law. As regulatory norms of the life of the clergy and the faithful, they contain the most diverse aspects, some of which have to do with legal realities. One of them is marriage, since at the time it was the church that had the authority and jurisdiction in this matter. In the present work, we will study the norms related to the institution of marriage contained in the Synod Constitutions, relating them to the canon law in force at that time, which will allow us to have a general vision about the reality of the sacrament-nuptial contract in the seventeenth and eighteenth centuries.

Key words: Constitutions | Betrothal | Marriage | Synod | Vigils.

I. *Introducción*

En el siglo XVII, la Provincia de Venezuela, territorialmente hablando, en nada se aproximaba a la Venezuela actual. El oriente, incluyendo Margarita y Trinidad; Guayana en el sur y, a partir de 1676, Maracaibo, que incluía a Mérida y La Grita, conformaban unidades políticas-territoriales distintas y autónomas. En esa Venezuela “pequeña”, el 12 de agosto de 1684, tomó posesión el decimoquinto obispo Diego de Baños y Sotomayor. Uno de sus principales objetivos al cual dedicó grandes esfuerzos, fue la convocatoria de un sínodo diocesano, proyecto que cristalizó en 1687 y que dio como resultado unas Constituciones Sinodales que ocupan un lugar destacado en la historia venezolana. En sus textos se contienen los más diversos tópicos, pero en el presente ensayo, nos limitaremos a estudiar las normas regulatorias del matrimonio. Las analizaremos desde una perspectiva histórica y jurídica; constataremos su adecuación con los preceptos emanados del Concilio de Trento y desbrozaremos esa realidad compleja del matrimonio en los siglos XVII y XVIII. Para introducirnos en el tema, haremos una aproximación a los sínodos venezolanos, a la figura del obispo Diego de Baños y Sotomayor y a todo el proceso de convocatoria y desarrollo del sínodo de 1687.

II. *Los sínodos diocesanos venezolanos*

El Concilio de Trento (1545-1563), impulsor de una profunda reforma de la iglesia, estableció entre muchas otras cosas, la obligación para los obispos de celebrar sínodos anuales¹. Los sínodos eran reuniones del obispo con el clero de su diócesis para tratar asuntos eclesiásticos². Concluían con la redacción de normas que regulaban la vida religiosa de sacerdotes y fieles³. Estas normas, se denominaban Constituciones Sinodales y era común que estuvieran divididas en libros, títulos y capítulos, estos últimos contentivos de una serie de artículos que recibían el nombre de constitución.

En Venezuela, fue al obispo fray Pedro de Agreda (1560-1579), religioso dominico, a quien correspondió poner en práctica la regulación tridentina, convocando el primer sínodo diocesano venezolano en 1574. Para ese momento, la

¹ Cf.: Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Mandadas a imprimir y publicar por la majestad católica del Rey Don Carlos II Nuestro Señor. Libro I, Título VIII, Ley III. (Madrid: Por la viuda de D. Joaquín Ibarra, Impresora del dicho Real y Supremo Consejo, Cuarta impresión, Edición facsímil coeditada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y El Boletín Oficial del Estado. MDCCLXXXI).

² Cf.: Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed. (2020) s.v. “Sínodo”, fecha de consulta 17 de agosto de 2021, <https://dle.rae.es>

³ Diccionario de Historia de Venezuela, Fundación Polar, ed. 1997 (Versión digital), s.v. “Concilios y Sínodos Diocesanos”. Fecha de consulta 20 de julio de 2021, <https://bibliofep.fundacionempresasolar.org/dhv/>

sede episcopal se encontraba en la ciudad de Santa Ana de Coro⁴ y el clero era realmente escaso, como se evidencia de los asistentes: Dos curas, dos religiosos dominicos, dos franciscanos y un sacristán mayor⁵. La realización de este sínodo en una época temprana de la colonización venezolana, nos permite entender, que uno de los temas centrales fuera la evangelización de los indios. Lamentablemente, de las actas y resoluciones no ha quedado memoria, pero sabemos que las Constituciones estuvieron vigentes hasta 1606⁶.

La convocatoria del segundo sínodo de la Provincia de Venezuela fue efectuada por el obispo Antonio de Alcega (1605-1610), religioso franciscano. Herrmann González Oropeza, estudioso del tema, afirma que la sede escogida para su realización fue la ciudad de Barquisimeto, pero duda sobre si se trasladó a Caracas⁷. Por su parte, Horacio Santiago-Otero, Antonio García y García y José María Soto Rábanos, en el estudio introductorio que hacen a las Constituciones en su libro “El Sínodo de Santiago de León de Caracas de 1687” afirman, que aunque la sede diocesana continuaba en Coro, este segundo sínodo se celebró en Caracas, que desde la época del gobernador Juan de Pimentel (1577-1582), era residencia permanente de las autoridades civiles y militares⁸.

Las sesiones tuvieron lugar entre el 5 y el 12 de octubre de 1609 y contaron con la asistencia de representantes de las ciudades, vicarios, curas y los preladados de los conventos de San Francisco y Santo Domingo⁹. La autoridad civil estuvo personificada en el gobernador Sancho de Alquiza (1606-1611), quien mantenía cordiales relaciones con el obispo, lo que allanó el camino para el éxito del sínodo, que al igual que el primero, dedicó una parte importante de su actividad al tema de los indios y su evangelización. Los textos resultantes, en palabras de Hermann González Oropeza, se conservaron en el Archivo Arzobispal

⁴ Coro en la actualidad es la capital del Estado Falcón, República de Venezuela. Fundación Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. “Concilios y Sinodos Diocesanos”.

⁵ Cf.: Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. Agreda, Pedro de.

⁶ Diego de Baños y Sotomayor, *Constituciones Synodales del Obispado de Venezuela, y Santiago de León de Caracas hechas en la Santa Iglesia Catedral de dicha ciudad de Caracas en el año del señor de 1687* (Madrid: Imprenta de Joseph Rico impresor Real y del Supremo Consejo de Indias, 1761) 31-32, edición en PDF. Diccionario de Historia de Venezuela, s.v.v. Agreda, Pedro de y Concilios y Sinodos.

⁷ Cf.: Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. “Concilios y Sinodos Diocesanos”. Baños, *Constituciones Synodales*, 32.

⁸ Cf.: Horacio Santiago-Otero, Antonio García y García y José María Soto Rábanos, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas de 1687* (Madrid-Salamanca: Centro de Estudios Históricos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto de Historia de la Teología Española de la Universidad Pontificia de Salamanca, 1986) XXII, edición en PDF.

⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, 32. Diccionario de Historia de Venezuela, s.v.v. “Alcega Zúñiga, Antonio de” y “Concilios y Sinodos”.

de Caracas hasta mediados del siglo XIX, pero en la actualidad están extraviados¹⁰.

El tercer sínodo diocesano venezolano fue convocado por el obispo Diego de Baños y Sotomayor (1683-1706). Es de destacar el esmero que se tuvo en su preparación y en la estructuración de las sesiones de trabajo. Prueba y resultado de este esfuerzo son las Constituciones Sinodales de 1687, que estuvieron vigentes en nuestro país hasta 1904. La variedad de aspectos que normaron, las colocan muy por encima de documentos de este tipo emanados de otros sínodos latinoamericanos. Cabe significar, el cuidado que se tuvo en citar las fuentes que sirvieron de soporte a cada constitución y, por la fecha de su elaboración, en el último cuarto del siglo XVII, sus redactores se beneficiaron de las experiencias y documentos surgidos de los grandes sínodos mexicanos y peruanos de los siglos XVI y XVII¹¹.

Como en los dos primeros sínodos, el ámbito jurisdiccional del Obispo Diego de Baños y Sotomayor era la Provincia de Venezuela, consecuentemente, las Constituciones Sinodales aprobadas bajo su ministerio, no eran aplicables a gran parte de lo que hoy es nuestro país. La zona oriental y Guayana, desde el punto de vista religioso, constituían los anexos ultramarinos de la diócesis de Puerto Rico. Por su parte, Mérida y Maracaibo, estaban integradas al arzobispado de Santa Fe de Bogotá. Sin embargo, al erigirse la diócesis de Mérida de Maracaibo en 1778, su primer obispo, Juan Ramos de Lora, incluso antes de arribar a su sede episcopal en 1784, adoptó las Constituciones Sinodales de la Provincia de Venezuela como normas de su obispado. Situación similar ocurrió al fundarse la diócesis de Guayana en 1790. Su primer prelado, Francisco Ibarra, asumió como normas propias de su territorio episcopal las Constituciones Sinodales caraqueñas.

La corona española, amparándose en el principio del patronato eclesiástico, se inmiscuyó ampliamente en los concilios¹² y en alguna menor medida en los sínodos. En general, impulsó la asistencia de sus representantes y, al mismo tiempo, estableció un control posterior, al preceptuar el 31 de agosto de 1560, en una real cédula dirigida a todos los obispos, que antes de la publicación e

¹⁰ Cf.: Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. “Concilios y Sínodos”.

¹¹ Diccionario de Historia de Venezuela, s.v.v. “Concilios y Sínodos” y “Baños y Sotomayor, Diego de”

¹² e c wiki, s.v. “Concilio”, Enciclopedia Católica online, s.v. “Concilio”, https://ec.aciprensa.com/wiki/P%C3%A1gina_principal.

impresión de la normativa conciliar y sinodal, debía remitirse al Consejo de Indias para su aprobación¹³. Esta Cédula, junto con otra dictada por el propio Felipe II el 16 de enero de 1590, fueron fusionadas en la Ley VI, incluida en la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, específicamente en el Libro I, Título VIII, estableciéndose una diferenciación. Sólo las normas conciliares debían ser remitidas al Consejo de Indias, mientras que, para las sinodales, bastaba con el visto bueno de los virreyes, presidentes y oidores de las audiencias competentes. Sin embargo, se aclaraba, que si estos órganos apreciaban algo contrario a la “jurisdicción y Patronazgo Real, u otro inconveniente notable”, debían suspender su ejecución y cumplimiento y remitirlas al Consejo¹⁴. En el caso venezolano, aunque el sínodo se realizó con posterioridad a la publicación de la Recopilación, la normativa resultante fue remitida directamente al Consejo de Indias, quizá como consecuencia de las acciones ejercidas por el gobernador y el cabildo de Caracas, como veremos.

III. *El Obispo Diego de Baños y Sotomayor y el sínodo caraqueño*

Diego de Baños y Sotomayor nació en la ciudad de Lima en 1637. Su padre, español, fue trasladado a aquella plaza desde la península en 1634. Ocupó el cargo de relator de la Real Audiencia limeña, responsabilidad que ejerció por veinte años, hasta que fue trasladado a Bogotá. En esta ciudad, se desempeñó como oidor del máximo tribunal santafereño (1654)¹⁵. Por el traslado de su padre, Diego de Baños y Sotomayor culminó sus estudios en territorios de la actual Colombia, donde fue ordenado sacerdote en 1661¹⁶. Después de una estadía en España perfeccionando sus estudios y de cumplir con algunas funciones propias de su ministerio sacerdotal en la metrópoli, fue nombrado obispo de Santa Marta en 1676. Se le expidieron las bulas correspondientes en 1677 y llega a su diócesis en 1678. En 1682, es escogido por el rey como obispo de Venezuela, en 1683 recibe las bulas papales y en 1684 lo encontramos en Caracas tomando posesión de su obispado¹⁷.

¹³ Cf.: Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. “Concilios y Sínodos Diocesanos”. Cf.: Pilar Latasa, *El Virrey Montesclaros y el derecho de patronato en el Sínodo Diocesano de 1613* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993), 31-32 y 54, <https://dadun.unav.edu/handle/10171/27399>

¹⁴ Cf.: Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Libro I, Título VIII, Ley VI.

¹⁵ Mark A. Burkholder, Baños y Sotomayor, Diego de. Diccionario Biográfico Electrónico, fecha de consulta 20 de agosto de 2021, <http://dbe.rah.es/>. Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. Baños y Sotomayor, Diego de. Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XXIII-XXIV.

¹⁶ Cf.: Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. Baños y Sotomayor, Diego de.

¹⁷ Cf.: Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. Baños y Sotomayor, Diego de. Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XXIV-XXV.

El viaje desde Santa Marta hasta a Caracas le permitió formarse una idea de las características geográficas de su diócesis y de la realidad de sus habitantes, lo cual fue complementado con la visita pastoral a ciudades, pueblos y villas, que en algunos lugares realizó de manera personal y en otros a través de visitadores. Estas labores, sin desmerecer su importancia, constituían pasos previos al cumplimiento de su objetivo personal, que no era otro que la convocatoria de un sínodo diocesano¹⁸.

El momento llegó el 26 de junio de 1686. Ese día, Diego de Baños y Sotomayor dictó un auto convocando el sínodo para el 2 de julio de 1687. Al día siguiente, su secretario dio cumplimiento a lo acordado por el obispo, razón por la cual la convocatoria, en definitiva, es de fecha 27 de junio de 1686¹⁹. Tenía como destinatarios:

...muy Venerable Dean y Cabildo de nuestra Santa Iglesia Catedral, de la ciudad de Santiago de León de Caracas provincia de Venezuela: a nuestro Provisor y Vicario General: a nuestros Vicarios de las ciudades, pueblos, valles, villas y lugares de este nuestro Obispado: a los Reverendos Padres Prelados superiores de las Ordenes que hay en él: a los Curas rectores, Beneficiados, Doctrineros y Capellanes: a todos los demás presbíteros, así seculares como regulares: y a todos los demás fieles cristianos, a quienes lo contenido en este nuestro edicto toca o tocar puede en cualquier manera²⁰.

El obispo quería resaltar que el sínodo era un asunto netamente eclesiástico, razón por la cual, decide convocar al clero por medio de un edicto, entendiendo que estaban en la obligación de asistir. En cambio, en el caso de las autoridades civiles, expresamente pidió que se les enviara una carta particular de aviso y quedaba de su parte el concurrir o no²¹.

El propio obispo en el edicto a que hemos hecho referencia, expone las razones que lo llevaron a convocar el sínodo:

...para moderar y reformar las costumbres, ocurrir al peligro de las almas y conciencias de nuestros súbditos, corregir los excesos, evitar los vicios y discordias, reparar los daños de las iglesias, procurar la buena administración de ellas y de las obras pías, desterrar los abusos que se han ido introduciendo; atendiendo a todo con paternal cariño, para su saludable remedio; porque aunque están ordenadas muchas y loables Constituciones en esta diócesis, en el trascurso de setenta

¹⁸ Baños, *Constituciones Synodales...*, 31. Diccionario de Historia de Venezuela, s.v. Baños y Sotomayor, Diego de. Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XXIX.

¹⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, 3-4.

²⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, 5.

²¹ Baños, *Constituciones Synodales...*, 4. Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XXVI.

y seis años que ha que no se celebra Sínodo, muchas se han quebrantado y otras no se han usado; y por los nuevos casos que cada día nacen, conviene proveer y aplicar remedio conveniente²².

Más que el sínodo como un fin, el obispo lo visualizaba como el camino necesario para el establecimiento de unas nuevas Constituciones que coadyuvaran a la "... reformación de costumbres, aumento del culto divino, aprovechamiento de las almas, y utilidad de las iglesias"²³. Por esta razón, fijó un margen de tiempo suficiente entre la convocatoria y la inauguración, entendiéndolo que la elaboración de los documentos a discutir, en especial las Constituciones, requerían de tiempo suficiente.

En la formación de las Constituciones Sinodales el legislador es el obispo, rol que fue cumplido cabalmente por Diego de Baños y Sotomayor. No obstante, quiso contar con la mayor participación posible. Se apoyó en especialistas en derecho canónico y derecho civil y, en el propio auto de convocatoria, solicitó las recomendaciones que consideraran pertinentes:²⁴

Y mandamos, que cada uno de vos, nuestros Vicarios y Curas en vuestro distrito y partido, juntéis las personas que tuvieren más noticia y experiencia de las cosas que se han de tratar en dicha (sic) Sínodo, para dar con madurez parecer y avisos convenientes, los cuales habréis de remitir por escrito a manos de nuestro Secretario de Cámara como por las cartas de aviso se os advierte.²⁵

Desconocemos que tantos aportes recibió el obispo, pero lo cierto es que la redacción final de las Constituciones Sinodales se la confió a sus colaboradores más cercanos. Manuel Gutiérrez de Arce, en su obra "El Sínodo Diocesano de Santiago León de Caracas de 1687" afirma, que entre esos colaboradores destacaron el maestro Juan Fernández Ortiz, Provisor de la Diócesis y Rector del Seminario y el abogado de la Audiencia de Lima, Diego Antonio de Oviedo y Baños, sobrino del obispo²⁶.

El 1 de julio de 1687, un día antes de la fecha pautada para la iniciación del sínodo, Diego de Baños y Sotomayor decidió retrasarlo para el 31 de agosto siguiente, alegando, que aunque la mayoría de los convocados habían llegado, debido a "lo dilatado de los caminos y haber entrado las aguas", otros estaban por arribar²⁷. No obstante, aprovechó ese tiempo para organizar audiencias con

²² Baños, *Constituciones Synodales...*, 5.

²³ Baños, *Constituciones Synodales...*, 4.

²⁴ Cf.: Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XXX-XXXI.

²⁵ Baños, *Constituciones Synodales...*, 6.

²⁶ Cf.: Manuel Gutiérrez de Arce, *El Sínodo Diocesano de Santiago León de Caracas de 1687*, 96, en Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XXX-XXXII.

²⁷ Baños, *Constituciones Synodales...*, 7.

los ya presentes, fijando los días martes y viernes hasta la apertura del sínodo, tanto en la mañana como en la tarde, para que los interesados propusieran lo que creyeran provechoso para la reunión sinodal²⁸.

Cercana la inauguración, los días 23 y 25 de agosto de 1687, el obispo hizo una serie de nombramientos indispensables para el buen desenvolvimiento de las sesiones. En la primera fecha designó al secretario, igualmente nombró un abogado “para las dudas y controversias que se ofrecieren”, un fiscal, un maestro de ceremonias, dos porteros y dos nuncios. El día 25 eligió tres Jueces de Causas y Controversias²⁹. Desde ese mismo día 25 de agosto, y hasta el 29, organizó una serie de conferencias, con el objetivo de que se leyeran las Constituciones Sinodales y los asistentes adelantaran si convenía quitar o añadirles algo³⁰.

El domingo 31 de agosto de 1687 se dio inicio al sínodo. Los asistentes se reunieron a las siete de la mañana en el palacio episcopal, para desde allí marchar en procesión por el circuito de la plaza hacia la catedral de Caracas. Con la pompa propia de un acontecimiento tan significativo, el obispo celebró la misa del Espíritu Santo. Finalizada, el secretario informó que la primera sesión tendría lugar esa misma tarde en la capilla del Sagrario. Culminados los anuncios, el obispo impartió la bendición a los presentes, poniendo fin a las solemnidades de apertura³¹.

A partir del lunes 1 de septiembre de 1687, el sínodo se desarrolló en dos sesiones diarias, una en la mañana de ocho a diez y otra por la tarde de cuatro a seis, y así se continuó hasta el 6 septiembre, cuando se verificó la última jornada por la mañana, totalizando doce sesiones³². De la novena en adelante, el lugar de reunión se trasladó al salón principal del palacio episcopal debido a problemas de salud del obispo y en ese lugar se mantuvo hasta la última sesión, que una vez concluida, dio paso a la ceremonia de clausura, en la cual todos marcharon nuevamente en procesión hacia la catedral para la acción de gracias³³.

En el sínodo estuvieron representados los cabildos de las ciudades de Valencia, Maracaibo, Coro, Guanare, El Tocuyo, Barquisimeto, Carora, San Sebastián de los Reyes, Trujillo y Nirgua. Por lo que toca al patronato eclesiástico

²⁸ Baños, *Constituciones Synodales...*, 8. Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XXVIII.

²⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, 8-10.

³⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, 13.

³¹ Baños, *Constituciones Synodales...*, 14-16.

³² Baños, *Constituciones Synodales...*, 18-25. Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XLI-XLIII.

³³ Baños, *Constituciones Synodales...*, 25-30. Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XLIV.

asistió el capitán Baltasar de Soto, nombrado por el gobernador Diego de Melo Maldonado (1682-1688). Además, en su condición de alcalde ordinario y regidor perpetuo del cabildo de Caracas, acudió como mandatario de este órgano secular, aunque solo estuvo presente en dos sesiones. Fue reemplazado por el Capitán Don Pedro de Ponte Andrade, procurador general de Caracas, que sin presentar poder, dijo asistir en lugar del capitán Soto y estuvo presente desde la tercera hasta la décima sesión³⁴.

En las reuniones no faltaron las controversias, lo que enaltece la posición del obispo que no impone las constituciones, sino que las somete al escrutinio de los asistentes³⁵. La mayoría de las objeciones procedieron de los representantes de las autoridades civiles, que se resentían ante lo que consideraban intromisiones del poder eclesiástico en la esfera secular. En todos los casos, se dejó constancia de dichas contradicciones en un cuaderno preparado a estos efectos, en el cual también se asentaron las respuestas del obispo, que junto con el resto de la documentación, sería elevado al Consejo de Indias.

El gobernador Melo Maldonado y el cabildo secular de Caracas impugnaron las Constituciones. Querían bloquear la pretensión del obispo de ponerlas en vigencia a los dos meses contados desde su publicación, aunque no estuvieran impresas. Diego de Baños y Sotomayor aspiraba “Que pasados dos meses después de su publicación se practiquen y guarden, obliguen y tengan fuerza de leyes y estatuto sinodal, y que por ellas se juzgue y determine inviolablemente, aunque no estén impresas”³⁶.

Las acciones del gobernador prosperaron y las Constituciones fueron suspendidas temporalmente. Toda la información en apoyo y en contra fue remitida al Consejo de Indias y acumulada en un solo expediente. Se iniciaba así un largo proceso que concluyó cuando el rey Carlos II, emitió una real cédula de fecha 17 de junio de 1698, por la cual aprobaba el sínodo y autorizaba la impresión de las Constituciones, que debían incluir las observaciones del Consejo³⁷.

IV. Las Constituciones Sinodales de 1687 y la regulación del matrimonio

Las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela y Santiago de León de Caracas se ocupan específicamente del matrimonio en el Libro Tercero, Título VIII, Constituciones 177 a 217³⁸. Sin embargo, en el apartado relativo a

³⁴ Baños, *Constituciones Sinodales...*, 27-30.

³⁵ Cf.: Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Libro I, Título VIII, Ley V.

³⁶ Baños, *Constituciones Sinodales, Constitución...*, 127, 97.

³⁷ Cf.: Santiago-Otero, García y Soto, *El Sínodo de Santiago de León de Caracas...*, XLVIII-XLIX.

³⁸ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución 177, 269.

los Sacramentos, nos ofrecen una definición del matrimonio como el “... Vínculo, o contrato de Varón, y Mujer, para vivir juntos en uno”³⁹, cuya materia, forma y causa eficiente es el consentimiento de los contrayentes, expresado de manera válida e inequívoca mediante palabras o señales⁴⁰. Observamos, que siguiendo los postulados del Concilio de Trento⁴¹, las Constituciones reconocen a la unión matrimonial como vínculo y como contrato⁴². Además, siendo un Sacramento, la indisolubilidad del matrimonio consumado era absoluta, y aunque situaciones sobrevenidas podían llevar a la separación de los cónyuges, divorcio *quoad thorum et mutuam*, el vínculo permanecía incólume, aún en caso de adulterio⁴³, herejía o cohabitación molesta. Tratándose del matrimonio rato, entendiéndose como tal el no consumado, resultaba procedente la nulidad, divorcio *quoad vinculum*, permitiendo a los involucrados contraer nuevas nupcias⁴⁴.

El Concilio de Trento comprendía que, en situaciones extremas, resultaba prudente contemplar alguna solución como la separación de lecho o separación de cuerpos, es por esta razón que en el Canon VII de la Sesión XXIV del 11 de noviembre de 1563, sentenciaba: “Si alguno dijere, que yerra la Iglesia cuando decreta que se puede hacer por muchas causas la separación del lecho, o de la cohabitación entre los casados por tiempo determinado o indeterminado; sea excomulgado”⁴⁵.

La intención era evitar males mayores como el conyugicidio, pero como se expresó, esto no aparejaba la disolución del vínculo cuando se trataba de un matrimonio consumado.

Otro aspecto que resaltaba de toda esta normativa tridentina y sinodal, es que afirmado el carácter sacramental del matrimonio, la autoridad y la jurisdicción de la iglesia en este tema resultaban indiscutibles: El Concilio de Trento sentenciaba que “Si alguno dijere, que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos, sea excomulgado”⁴⁶.

³⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Título VII, Segunda Parte, Parágrafo IX, 82.

⁴⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución 177, 269.

⁴¹ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Que es la VIII celebrada en tiempo del sumo Pontífice Pío IV en 11 de noviembre de 1563, Canon VII, fecha de consulta 30 de junio de 2021, http://www.intratext.com/IXT/ESL0057/_P1A.HTM

⁴² Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución 177, 269.

⁴³ En la Iglesia ortodoxa se permite el divorcio *quoad vinculum* por adulterio y otras causas graves.

⁴⁴ Cf.: Nicolás Álvarez de las Asturias, “El Concilio de Trento y la indisolubilidad del matrimonio: Reflexiones hermenéuticas acerca del alcance de su doctrina”, *Revista Española de Teología*, Vol. 75, Número 1 (2015): 15-41. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/394612>. Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Canon V y Canon VII.

⁴⁵ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Canon VIII.

⁴⁶ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Canon VIII.

Sólo lo expresado pone de relieve la importancia de la normativa del Concilio de Trento en lo relativo a los casamientos. Sin embargo, un punto clave que no puede ser ignorado, es la consagración tridentina de la publicidad matrimonial como obligación jurídica. No es que la publicidad fuera algo nuevo, pero adquirió un carácter central por la forma como quedó regulada⁴⁷.

Antes del Concilio, el matrimonio era un contrato simple, y los ritos que podían rodear a su celebración no afectaban su existencia. Después de Trento, el matrimonio se transformó en un contrato solemne y el incumplimiento de las formas repercutía en su validez⁴⁸.

Las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela y Santiago de León de Caracas de 1687, apuntan en este sentido, y sin desconocer el papel que tiene el consentimiento de las partes en el matrimonio, señalaban las condiciones que debían cumplirse para su celebración. En primer lugar, se requería la presencia del párroco, quien era la persona facultada para presenciarlo. Si se trataba de otro sacerdote, incluyendo un vicario o un visitador, necesitaba licencia del propio párroco o del Obispo⁴⁹. Igualmente, preveían la presencia de dos o tres testigos⁵⁰. En consecuencia, aunque las partes manifestaran libremente la voluntad de casarse, si no cumplían con estos requisitos, el matrimonio, además de ilícito, era nulo de pleno derecho. Significaba, que incluso en situaciones de fuerza mayor como una epidemia, que podía hacer imposible la presencia del cura o de los testigos, ni siquiera en esos casos, el sólo consentimiento de los contrayentes bastaba para la existencia de un matrimonio válido.

Lo previsto en las sinodales caraqueñas, recoge lo preceptuado por el Concilio de Trento, que prescribía la celebración del matrimonio ante la iglesia (*in facie ecclesiae*). Al afirmar a la Iglesia como receptora del consentimiento de los contrayentes, consagraba como requisito indispensable la presencia del párroco, quien en su nombre lo recibía. El consentimiento de los contrayentes seguía siendo la causa eficiente del contrato nupcial, el Concilio se limitó a regular la forma como ese consentimiento era recibido por la iglesia y quien era la persona facultada para representarla⁵¹. Con la presencia de los testigos, que debían ser personas con uso de razón, se aseguraba una prueba de la ocurrencia del acto

⁴⁷ Cf.: Pilar Latasa, “Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)”, *Revista Complutense de Historia de América*. Vol. 4 (2016): 19. <https://doi.org/10.5209/RCHA.53709>

⁴⁸ Cf.: María del Juncal Campo Guinea, “El matrimonio clandestino. Procesos ante el Tribunal Eclesiástico en el Archivo Diocesano de Pamplona (siglos XVI-XVII)”, *Revista Príncipe de Viana*, Vol. 65, N° 231 (2004): 206, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1060>

⁴⁹ Cf.: Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Capítulo I.

⁵⁰ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constituciones, N° 178, 269.

⁵¹ Cf.: Campo Guinea, “El matrimonio clandestino”, 206.

y se reforzaba la publicidad. No se les exigía ninguna condición adicional, con lo cual, sabiamente, se evitaban las eventuales demandas de nulidad por falta de cualidad de los testigos. Con la incorporación de estas previsiones en la primera edición oficial de Ritual Romano, publicada por el papa Pablo V en 1614, quedó reforzada la forma canónica del matrimonio tridentino.

El Concilio de Trento enfáticamente señalaba:

Los que atentaren contraer Matrimonio de otro modo que a presencia del párroco, o de otro sacerdote con licencia del párroco, o del Ordinario, y de dos o tres testigos, quedan absolutamente inhábiles por disposición de este santo Concilio para contraerlo aun de este modo; y decreta que sean írritos y nulos semejantes contratos, como en efecto los irrita y anula por el presente decreto⁵².

Trento señaló las condiciones para la celebración del matrimonio, pero sin establecer un ritual. En este aspecto existían textos como el Manual Toledano del siglo XIII, adaptado a las normas tridentinas en 1583, rico en ceremoniales que podían ser utilizados. El Concilio igualmente dejó cabida a las costumbres de cada lugar, circunstancia que se mantuvo con la publicación del Ritual Romano en 1614⁵³. Lo fundamental, era que la Iglesia se hiciera receptora del consentimiento de las partes expresado de manera inequívoca delante del párroco y los testigos.

Con estas medidas y que ajustadamente recogieron las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela de 1687, como señalamos, se pretendía acabar definitivamente con los matrimonios clandestinos.

En el siglo XII, el papa Alejandro III (1159-1181), con la intención de unificar la normativa de toda la iglesia latina, consagró el consensualismo en materia matrimonial. Esta doctrina que tenía sus raíces en el derecho romano, se sustentaba en el consentimiento de los contrayentes. Hacia el final de su papado, ante los problemas que se avizoraban, trató de introducir algunas solemnidades, sin embargo, dejó a la voluntad de las partes el hacer públicos los matrimonios para que la iglesia los reconociera.

El papa Alejandro III señalaba:

... cuando los matrimonios se han contraído con tanta clandestinidad, que no existe de ellos prueba alguna, la iglesia no tiene medio para obligar a las partes que lo niegan, a cumplir su palabra, pero que cuando ellos lo reconocen, la iglesia a menos que hubiese por otra parte algún impedimento, debe reconocerlos por

⁵² Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Cap. I.

⁵³ Latasa, "Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)", 20.

tan válidos, como si desde sus principios hubiesen sido contraídos en faz de la misma iglesia⁵⁴.

El consensualismo trajo como resultado la proliferaron de matrimonios contraídos sin intervención de la iglesia, en los cuales la aceptación como marido y como mujer era dada en secreto, eran los llamados matrimonios clandestinos. Resultaba difícil y en ocasiones imposible, probar la ocurrencia de estos casamientos. Además, en oportunidades, era la vía que utilizaban parejas que tenían algún impedimento para contraerlo de manera pública y, lo más grave, personas que contraían matrimonio secretamente, abandonaban a la mujer, porque esta conducta era más común en los hombres, y contraían nuevas nupcias de manera pública, dando cabida a la bigamia e incluso a la poligamia⁵⁵.

El papa Inocencio III (1198-1216), para tratar de frenar estas desviaciones, introdujo en el Concilio de Letrán de 1215 el requisito de la publicidad, prohibiendo los matrimonios clandestinos y estableciendo penas para los contraventores. Sin embargo, continuaron siendo reconocidos por la iglesia como válidos, lo que impidió su total erradicación⁵⁶.

Puntualizando, podríamos señalar, que antes del Concilio de Trento, los matrimonios clandestinos eran los celebrados sin la presencia del párroco, siendo evidentes sólo para los contrayentes. Se incluían en esta categoría a los que se hacían en ausencia de testigos, los que se celebraban sin el consentimiento paterno, materno o de algún familiar que fungiera como representante, y los que se realizaban sin publicarse en la o las parroquias correspondientes las amonestaciones o proclamas⁵⁷.

El Concilio de Trento se enfrentaba con la misma dificultad surgida en el concilio lateranense de 1215. Cómo regular el matrimonio sin destruir su base consensual y sin desconocer su carácter sacramental. La solución fue establecer lo que a partir de ese momento se conoció como la forma canónica del matrimonio tridentino, que dejaba intacta la esencia del sacramento-contrato nupcial.

En el Decreto de Reforma sobre el Matrimonio, los padres conciliares reunidos en Trento, comenzaron por reconocer que hasta esa fecha, 1563, los

⁵⁴ Robert Joseph Pothier, *Tratado del Contrato de Matrimonio* (Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1846), 154.

⁵⁵ Cf.: Pilar Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, *Max Planck Institute for European Legal History, Paper Series N° 2019-11* (2019): 19 <https://www.lhlt.mpg.de/1989716/2019-11?c=1879056>

⁵⁶ Cf.: Campo Guinea, “El matrimonio clandestino”, 206

⁵⁷ Cf.: Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. “matrimonio clandestino” (Paris, Librería de Rosa, Bouret y Compañía, 1851), 1543.

matrimonios clandestinos eran legales y verdaderos, a pesar de que la iglesia no los apoyaba, por el contrario los condenaba:

Pero advirtiendo el santo Concilio que ya no aprovechan aquellas prohibiciones por la inobediencia de los hombres; y considerando los graves pecados que se originan de los matrimonios clandestinos, y principalmente los de aquellos que se mantienen en estado de condenación, mientras abandonada la primera mujer, con quien de secreto contrajeron matrimonio, contraen con otra en público, y viven con ella en perpetuo adulterio; no pudiendo la Iglesia, que no juzga de los crímenes ocultos, ocurrir a tan grave mal, si no aplica algún remedio más eficaz...⁵⁸.

Con esta motivación, el Concilio de Trento declaró a los matrimonios clandestinos, que en lo sucesivo se celebraran, como írritos y sin validez alguna.

Una larga cita, que nos permitimos por su elocuencia, nos ilustra a cabalidad sobre la extensión del problema y nos permite comprender las razones de las medidas tridentinas:

Cerca del Matrimonio, Sacramento de la Iglesia, conviene mirar los grandes males que de clandestinos matrimonios se siguen y cuán difícilmente se pueden curar. Causanse aborrecimientos entre padres e hijos y entre todos los que entendieron del casamiento; y muchas veces se revuelven pueblos con daños y muertes. Y acaece casarse la moza con uno secretamente, y después, no osarlo decir por temor de su padre; o, si lo dice no es creída; y no osando contradecir la voluntad del padre, consiente ser casada in facie ecclesiae con otro; y así viven en pecado mortal por haber sido válido el primer matrimonio, y mucha veces consumado con cópula. ¿Qué hará esta triste mujer, que ni puede tomar el primero ni le dejará huir el segundo? Algunas de las cuales sabemos haberse ahorcado, por la grandeza del mal y la falta de remedio.

Ítem: innumerable copia de mozas han sido engañadas y perdidas, haciendo maldad con hombres, fiadas de la palabra de casamiento que les dieron; y algunas han dejado las casas de sus padres y se van a del todo perderse. Muchos males hay que desto se siguen, y los remedios por la Iglesia dados no bastan. Conviene que se den otros más eficaces; y parece ser uno de ellos inhabilitar todo matrimonio que sin testigo se hiciere y que no cuelgue un estado perpetuo y lleno de cargas y peligros, del contentamiento de un muchacho o muchacha que no saben más de lo que los malos intercesores le dicen, o lo que su afección necia los aconseja. Y declarándose a todos que los tales matrimonios no valen, cesarán estos errores y males, pues con sólo ánimo de matrimonio se hacen⁵⁹.

⁵⁸ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Cap. I.

⁵⁹ Juan de Ávila, Beato: *Memorial primero (1551). De la reformatión del estado eclesiástico*, en Camilo María Abad, S. J., *Dos memoriales inéditos del Beato Juan de Ávila para el Concilio de Trento. Miscelánea Comillas* (Santander: Universidad Pontificia Comillas, Vol. III, 1945).

Estos fragmentos de uno de los memoriales que San Juan de Ávila presentó al Concilio de Trento, sin duda influyeron en las determinaciones que allí se tomaron y que quedaron plasmadas en el Decreto de Reforma sobre el Matrimonio. Este Decreto, que se conoce también como Tametsi, expresión latina que significa “aunque” y con la cual se inicia, vino a poner fin al grave problema de los matrimonios clandestinos. Sin embargo, en el caso de las nupcias celebradas sin el consentimiento de los padres, que tradicionalmente también entraban en la definición de clandestinos, a pesar de algunas expresiones de reproche y condenación, al final fueron admitidas por el Concilio como válidas⁶⁰. A esta solución se llegó para evitar el incremento de los casos de adulterio y en palabras de la época, cualquier otro “...género de lujuria y torpeza fuera del matrimonio”⁶¹.

Deslindado el problema, podemos comprender porque la Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela, recogen la forma canónica del matrimonio tridentino y establecen una serie de solemnidades que deben cumplirse antes, durante y con posterioridad a la ceremonia nupcial, y lo más importante, algunas de ellas indispensables para la validez del matrimonio, como quedó expresado. Igualmente, refuerzan el carácter sacramental del matrimonio y reconocen que al otorgar la Gracia, los contrayentes debían procurar las mejores disposiciones para recibirla⁶². Esa es la razón por la cual, el obispo Diego de Baños y Sotomayor, impone como una obligación de fe, que todos los contrayentes se confiesen previamente o en la propia ceremonia nupcial, pero antes de darse las manos. Se prohibía a los curas asistir a la celebración sin haber cumplido con este deber o verificado su cumplimiento, y fijaba para los sacerdotes infractores, una pena de cuatro pesos de a ocho, que debían aplicarse la mitad para el denunciante y la otra mitad para los pobres del hospital⁶³.

⁶⁰ Cf.: Mónica Ghirardi, Antonio Irigoyen López, “El Matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica”, *Revista de Indias*, vol. 69, núm. 246 (2009): 245-246, <https://doi.org/10.3989/revindias.2009.i246>. Laureano Castán Lacoma Obispo Auxiliar de Tarragona, “El Origen del Capítulo “Tametsi” del Concilio de Trento contra los Matrimonios Clandestinos”, *Revista Española de Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca*, Vol. 14, N° 42 (1959): 615.

⁶¹ Cf.: Giovanna Valencia Álvarez, “Un antes y un después del Concilio de Trento: Licencias matrimoniales y su estructura diplomática” *Revista del Archivo General de la Nación*, Vol. 32, Núm. 1 (2017): 168, <https://revista.agn.gob.pe/ojs/index.php/ragn/issue/view/1>. Baños, *Constituciones Synodales*, Libro I, Título VII, Tercera Parte, Parágrafo X, 85.

⁶² Cf.: Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Canon I.

⁶³ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 179, 269.

V. *De los esponsales*

La palabra esponsales proviene del verbo latino spondeo⁶⁴ que significa prometer. En las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela están regulados en el Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo I, Constituciones 180 a 183⁶⁵. Constituyen un paso previo, aunque no indispensable, para la celebración del matrimonio.

Las Constituciones comienzan estableciendo las condiciones para su validez, fijando como requisito fundamental la promesa recíproca de matrimonio futuro expresada y aceptada inequívocamente por ambos contrayentes, que deben ser mayores de siete años de edad⁶⁶.

Para la época, se consideraba que un niño de siete años de edad estaba en capacidad de contraer esponsales válidos, ya que podía comprender el compromiso que asumía. Sin embargo, aunque las Constituciones no lo señalan, no tenían fuerza coactiva mientras no fueran ratificados expresa o tácitamente por el varón cumplidos los catorce años y por la hembra cumplidos los doce, pero mientras no alcanzaran esas edades no podían disolverlos. No obstante, quien primero llegara a la adolescencia podía unilateralmente romper el compromiso. Ahora bien, si se trataba de esponsales contraídos por un púber con un impúber, el primero no podía rescindirlos⁶⁷.

Era lo habitual que los esponsales se celebraran en acto público que se hacía del conocimiento de familiares, amigos y en algunos casos de toda la comunidad. Lo primordial era que los contrayentes manifestaran “libremente” su voluntad de celebrar matrimonio en el futuro. Sin embargo, para la época de las Constituciones Sinodales, los padres, particularmente el papá, tenían un gran peso en esta decisión y no es de extrañar que fueran ellos quienes escogieran las parejas de sus hijos. Normalmente, se sopesaban las ventajas que se podían obtener con esa unión, lo cual se hacía más patente en el caso de las hijas, que en ocasiones eran utilizadas como medio para ascender en la escala social.

Los esponsales procedían de una antigua tradición del derecho romano, que fue tomada de los pueblos del Lacio. También los hallamos entre los griegos y en las tribus hebreas⁶⁸. Su finalidad era evitar los matrimonios precipitados que

⁶⁴ Cf.: Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia...*, s.v. “esponsales”.

⁶⁵ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Título VIII, Parágrafo I, 269.

⁶⁶ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo I, 269-270.

⁶⁷ Cf.: Alfonso X, *Las Siete Partidas*, Título I, Ley VIII, Partida IV, en Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia...*, s.v. “esponsales”.

⁶⁸ Cf.: Marcelino Flores de Prado, *Los esponsales como requisito previo para el matrimonio, ¿deben conservarse por sus ventajas, o abolirse por sus inconvenientes?* (Madrid: Imprenta de la Calle Hernán, 1862), 6-7.

se contraían entre parejas que apenas se conocían y contar con tiempo suficiente para organizar la ceremonia nupcial⁶⁹. Los canonistas medievales solían distinguir dos clases de esponsales: Los esponsales por palabras de presente y los esponsales por palabras de futuro. Los esponsales por palabras de presente eran un convenio mediante el cual un hombre y una mujer declaraban que se tomaban el uno al otro como esposos. Se hacían en secreto, sin intervención de la iglesia, y antes del Concilio de Trento, eran considerados verdaderos matrimonios, aunque clandestinos⁷⁰. Los esponsales de futuro eran esa promesa recíproca de que la pareja se uniría en futuro matrimonio y es el sentido que tiene esta palabra en la actualidad⁷¹.

En el decreto del canonista Graciano, *Concordantia discordantium canonum*, de 1140, expresamente se prohibió cualquier clase de relación fuera del matrimonio, sea de solteros que cometían el pecado de la fornicación o de personas casadas que incurrierán en adulterio y, para aclarar las confusiones, se distinguió entre los esponsales, el matrimonio rato y el consumado⁷². Los decretistas, que en diversas regiones se dedicaron a interpretar lo planteado por Graciano, conciliando la postura consensualista con la copulativa, fijaron la distinción entre *matrimonium initiatum* para referirse a los esponsales, *matrimonium ratum*, indicativo del consentimiento matrimonial por el cual el vínculo adquiriría existencia, pero que sólo se hacía indisoluble una vez que se produjese la cohabitación sexual, *matrimonium consummatum*⁷³.

El Papa Alejandro III (1159-1181) trató de precisar el alcance los esponsales de presente y los esponsales de futuro, sentenciando que en este último supuesto, al no tratarse de un casamiento propiamente dicho, la pareja podía desistir del compromiso, siempre y cuando la relación no se hubiera consumado. En caso contrario, con o sin intervención de la Iglesia, los esponsales de futuro se asumían como un matrimonio válido⁷⁴.

⁶⁹ Cf.: Pothier, *Tratado del Contrato de Matrimonio...*, 20.

⁷⁰ Cf.: Pothier, *Tratado del Contrato de Matrimonio...*, 19.

⁷¹ Cf.: Pothier, *Tratado del Contrato de Matrimonio...*, 19. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia...*, s.v. “esponsales”.

⁷² Cf.: Silvia Pérez González, *La mujer en la Sevilla de finales de la edad media: Solteras, casadas y vírgenes consagradas* (Sevilla: Ateneo de Sevilla-Universidad de Sevilla, 2005), 54. Cristina Vargas-Pacheco, “Los esponsales en el derecho indiano en su aplicación en el partido de Piura” (Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura, 2015), 14, <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2249>

⁷³ Cf.: Manuel Vial Dumas, “Derecho, muerte y matrimonio: La familia matrimonial en el mediterráneo cristiano, desde la antigüedad al final de la Edad Media” (Tesis Doctoral, Universidad de Girona, 2012), 533, <http://hdl.handle.net/10803/403848>

⁷⁴ Cf.: Roswitha Hipp Troncoso, “Orígenes del matrimonio y de la familia modernos”, *Revista Austral de Ciencias Sociales, Universidad Austral de Chile, N° 11* (2006): 59-78. <http://revistas.uach.cl/index.php/racs/>

La intención del papa, era evitar la disolución de los esponsales entre parejas que habían consumado carnalmente la relación, asumiendo en ese caso, que los esponsales de futuro, por la cúpula, se convertían en esponsales de presente y, consecuentemente, en un matrimonio indisoluble. Sin embargo, esto dio pie a que parejas comprometidas por esponsales de futuro, dieran inicio a la cohabitación íntima sin esperar al matrimonio y sin que esta conducta fuera en algunas regiones socialmente reprochable⁷⁵.

Toda esta situación confusa, sobre todo para el común, hacía difícil deslindar los límites entre los esponsales y el matrimonio, dando cabida al concubinato, la bigamia e incluso la poligamia. Quizá por esto, en las Partidas de Alfonso X el Sabio, se trataba de precisar el alcance de los esponsales señalando que debían celebrarse "... por palabras que demuestren el tiempo que es por venir."⁷⁶

Ante este panorama, el Concilio de Trento, no sólo introdujo la forma canónica del matrimonio, estableciendo las condiciones para su validez y declarando nulos los matrimonios clandestinos. Al mismo tiempo, eliminó los esponsales de presente y fijó el sentido de los esponsales de futuro, precisando que no constituían un verdadero matrimonio, ni podían convertirse en tal y, en consecuencia, no habilitaban a los futuros contrayentes para la convivencia marital⁷⁷.

Todas estas normas emanadas del Concilio de Trento y referentes al matrimonio, fueron incorporadas por Felipe II al ordenamiento jurídico estatal, mediante Real Cédula del 12 de julio de 1564. En consecuencia, aunque la autoridad y la jurisdicción en esta materia continuaban en manos de la iglesia, ésta podía auxiliarse del brazo secular para garantizar su cumplimiento, coactivamente si era necesario. Ese criterio se extendía a aquellas normas inspiradas en las tridentinas, como eran las Constituciones Sinodales. Señala el rey:

...aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio; y queremos, que en estos nuestro Reinos sea guardado, cumplido y ejecutado; y daremos y prestaremos para la dicha ejecución y cumplimiento, y para la conservación y defensa de lo en

⁷⁵ Cf.: Gonzalo Castañeda Mercado, "Con la voluntad llena de amor. El amor honesto y los matrimonios de conciencia en la ciudad de México, en los discursos del derecho canónico y el derecho civil entre los siglos XVI y XVIII", *Trashumante: Revista Americana de Historia Social*, N.º. 7 (2016): 177. <https://www.redalyc.org/journal/4556/455645336009/html/>

⁷⁶ Alfonso X el Sabio, Las Siete Partidas, Título I, Ley VIII, Partida IV, Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/index.php?tipo=L

⁷⁷ Cf.: Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia...*, s.v. "esponsales".

él ordenado nuestra ayuda y favor, interponiendo a ello nuestra autoridad y brazo Real, cuanto sea necesario y conveniente⁷⁸.

Partiendo de todo lo expresado con antelación, no es accidental, que en las sinodales caraqueñas, el Obispo Diego de Baños y Sotomayor, resaltara que para que pueda hablarse de esponsales se "... requiere el que sean promesa, entre ambos, de matrimonio futuro, y aceptada por ambos Contrayentes..."⁷⁹.

Establecida la definición de esponsales, siguiendo las normas del Concilio de Trento, las Constituciones Sinodales se ocupan de su incumplimiento. Preceptuaban que sólo nacía una obligación, cuando estábamos frente esponsales válidamente celebrados. Señalaban, que en caso de ruptura de la promesa, que además implicaba un delito de perjurio, y a instancias de la parte afectada, el contumaz podía ser constreñido a cumplir. En primer lugar, debía acudir a las amonestaciones por parte de los jueces eclesiásticos. De resultar insuficientes, se podía imponer la pena de prisión, facultándose expresamente a los responsables a acudir al auxilio de las autoridades civiles, de ser necesario⁸⁰. Algunas fuentes señalan que en estos casos al prisionero se le ceñía la llamada cadena de los novios y sólo salía al patio de la cárcel sin grillos, cuando recapacitaba y manifestaba su voluntad de casarse⁸¹. Es importante señalar, que el Obispo en las sinodales también preveía la pena de censuras, pero pareciera que su intención es que se acudiera a ellas como el último recurso, razón por la cual las incluye al final de la Constitución 181: "...podrá ser competido con prisión impartiendo el auxilio del brazo seglar y con censuras." Las censuras eran una pena canónica que se imponía al bautizado que había delinquido y era contumaz y consistían en la privación de ciertos bienes espirituales o anexos a los espirituales, hasta provocar el cese de la conducta reprochable. Se mantenían mientras los censurados no fueran absueltos y, usualmente, consistían en la prohibición de recibir los sacramentos⁸².

En muchos procesos que se incoaban ante los tribunales eclesiásticos con la finalidad de hacer cumplir los esponsales, los hombres, que en el común de los

⁷⁸ Novísima Recopilación de las Leyes de España mandada a formar por el Señor Don Carlos IV. Tomo I, Libro I, Título I, Ley XIII, Madrid, Gobierno de España, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2. Cf.: Marion Reder Gadow, "Felipe II, Trento y la Diócesis de Málaga", *Revista Hispania Sacra*, Vol. 52 Núm. 105 (2000): 389-401. <https://hispaniasacra.revistas.csic.es>. Castañeda Mercado, "Con la voluntad llena de amor", 177-180.

⁷⁹ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 180, 269.

⁸⁰ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 181, 269.

⁸¹ Cf.: Flores de Prado, *Los esponsales como requisito previo al matrimonio...*, 7.

⁸² Cf.: Enciclopedia Jurídica en línea, s.v. "censura", <http://www.enciclopedia-juridica.com>.

casos eran los incumplidores, aducían en su defensa que con sus palabras nunca habían pretendido asumir una promesa de matrimonio futuro. De allí la importancia de que los esponsales fueran válidamente celebrados. Sin embargo, no existía una formalidad específica, lo fundamental era que, mediante palabras, por escrito o con señas que no dejaran dudas, en ocasiones acompañadas de la entrega de arras o anillos, asumieran y recibieran el compromiso de contraer matrimonio futuro, por supuesto siempre que tuvieran la edad requerida y no mediara impedimento. En ocasiones, los futuros esposos eran bendecidos por un sacerdote, sin que esto pueda confundirse con las bendiciones nupciales de las cuales hablaremos más adelante, y sin que constituyera un requisito para la validez de los esponsales. Cuando el acto se cumplía públicamente o cuando se dejaba constancia por escrito, se preconstituían pruebas que podían utilizarse para forzar el cumplimiento, pero cuando el acto se realizaba en privado, era fácil que algunos se desdijeran de sus palabras. Cuando las formalidades que rodeaban a los esponsales hacían más difícil romper el compromiso, algunos hombres se defendían poniendo en duda la honorabilidad de la mujer, que en ocasiones se entregaba confiada en la palabra empeñada:

... la susodicha no ha tenido ninguna sujeción y menos educación, honestidad y recogimiento que procurasen sus padres que la tuviera, pues la consintieron que unos días se mantuviera entre los indios del pueblo de Cuitareo, otros días en el Monte con los pastores en cuyas peregrinaciones...⁸³.

Quizá, con el ánimo de poner fin a esta problemática, a comienzos del siglo XIX, el 10 de abril de 1803, por decreto del rey Carlos IV, inserto en la Ley 18, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, se estableció que sólo se podía actuar en contra del incumplidor de los esponsales, cuando estos constaran en documento público:

...En ningún Tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas según los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales o mixtos sino como puramente civiles⁸⁴.

La obligación de honrar los esponsales válidamente celebrados no era absoluta y así lo consagraron las Constituciones Sinodales, específicamente en la número 182, que en cierta forma instaba a que se analizara el caso concreto.

⁸³ José Gustavo González Flores y Ma. Isabel Marín Tello, “Estrategias femeninas ante el incumplimiento a la palabra de matrimonio” *Tzintzun. Revista de Estudios Históricos*, No 64 (2016): 61, <http://tzintzun.umich.mx/index.php/TZN>

⁸⁴ María José Santos Morón, *La Forma de los Contratos en el Código Civil* (Madrid: Universidad Carlos III, 1996), 52. Cf.: Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. “esponsales”.

Prevé que cuando pudieran resultar graves daños con la celebración del matrimonio futuro, citando como ejemplos el ausentarse el marido o la muerte de la mujer, no debían usarse censuras y bajo ninguna circunstancia permitir que se casaran forzosamente⁸⁵. La Constituciones no lo señalaban, pero en estos supuestos, se podía imponer alguna satisfacción material o pena, pero nunca forzar una unión que podía terminar en un mal mayor del que se pretendía evitar. Lo más común era que el incumplidor de la promesa perdiera las arras entregadas, pero si eran de tal cuantía que superaban con creces los daños causados, la estimación correspondía al juez. Esta fue la tendencia que a la larga se impuso, ya que si se quería respetar la libertad matrimonial, no se podía obligar a cumplir a alguien que reiteradamente se negaba a hacerlo:

Sin embargo, siguió en la negación con respecto a celebrar el matrimonio; dicha conducta mereció que lo retuvieran en la cárcel mientras se negociaba la cantidad con la que dotaría a Antonia. La primera propuesta de dote fueron 60 pesos, que por supuesto la demandante no aceptó. El arreglo fue la cantidad de 110 pesos que la joven aceptó como compensación económica por el incumplimiento de la palabra de matrimonio⁸⁶.

En todo caso de desistimiento de esponsales válidamente contraídos, incluido el mutuo acuerdo, surgía impedimento de pública honestidad y así lo estipulaban las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela⁸⁷. Significaba que con los esponsales nacía un vínculo entre cada uno de los promitentes que cejaban en su deseo de casarse y los familiares consanguíneos del otro. Esta cuasi afinidad les impedía contraer matrimonio con los familiares consanguíneos del ex contrayente hasta el primer grado⁸⁸.

Señala la Constitución 183 que “Habiéndose celebrado los esponsales, si por algún caso se disolvieren, resulta impedimento de pública honestidad entre los parientes consanguíneos en primer grado”⁸⁹.

Lo plasmado por el Obispo se ajustaba a lo preceptuado por el Concilio de Trento, que exigía dos supuestos de procedencia del impedimento de pública honestidad: 1) Que los esponsales hubieran sido válidamente acordados y, 2) Que el matrimonio no haya sido celebrado por cualquier motivo:

⁸⁵ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 182, 270.

⁸⁶ González Flores y Marín Tello, *Estrategias femeninas ante el incumplimiento a la palabra de matrimonio*, 60.

⁸⁷ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 183, 270.

⁸⁸ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 183, 270. Vargas-Pacheco, “Los esponsales en el derecho indiano”, 71.

⁸⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución, N° 183, 270.

El santo Concilio quita enteramente el impedimento de justicia de pública honestidad, siempre que los esponsales no fueren válidos por cualquier motivo que sea; y cuando fueren válidos, no pase el impedimento del primer grado; pues en los grados ulteriores no se puede ya observar esta prohibición sin muchas dificultades⁹⁰.

Antes del Concilio de Trento, el impedimento de pública honestidad surgía incluso en caso de esponsales que hubieran sido declarados nulos. Con la medida tridentina, el impedimento quedó condicionado a la existencia de esponsales válidos, y se redujo su alcance al primer grado⁹¹.

VI. De lo que ha de preceder al matrimonio

Lo que ha de preceder al matrimonio está regulado en la Constituciones Sinodales en el Título VIII, Libro Tercero, Parágrafo II, Constituciones 184 a 191. Comienzan normando un aspecto que constituía un problema para la época y era el matrimonio de los vagos, ya que resultaba complicado para los párrocos conocer la verdadera situación de estas personas.

El término vagos, aludía a los sujetos que andaban de un lugar a otro sin residencia fija, ni domicilio conocido. En el derecho canónico se les diferenciaba de los extranjeros o forasteros, que llegaban a un obispado procedente de otro, con la intención de cambiar de domicilio. Diego de Baños y Sotomayor comprendiendo el peligro de manejar el tema de los vagos con ligereza, impone la obligación de levantar información jurídica ante notario eclesiástico, como requisito previo a la celebración del matrimonio de vagos. El notario debía dejar constancia de la declaración de tres testigos, que bajo juramento depusieran sobre si conocían a los contrayentes, si sabían que eran solteros y si existía algún impedimento para la celebración nupcial. Además, debía tomarse declaración a los contrayentes, empezando por el varón y luego la mujer, aunque no fuera forastera. En el caso específico de la mujer, previene que si sus padres están presentes al momento de su deposición, se aseguren de que pueda expresar libremente su voluntad de contraer matrimonio o de si tenía hecho voto de castidad o religión, parentesco o cualquier otro impedimento. Como en Trento, en las Constituciones se presumía que el vago era el hombre y se quería evitar que los padres, por algún interés, forzaran a la hija a contraer nupcias o a abandonar su deseo de ingresar a la vida religiosa. El propio Concilio de Trento preceptuaba

⁹⁰ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Cap. III.

⁹¹ Cf.: Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. “matrimonio clandestino”.

que el estado de virginidad o de celibato debía preferirse al estado matrimonial y anatemizaba a quien dijera lo contrario⁹².

El Consejo de Indias le dio el pase a la Constitución 184 sobre el matrimonio de vagos, pero insistió que en ese tema se observara lo establecido por el Concilio de Trento y lo dispuesto por Bulas Apostólicas⁹³. Más que una objeción, se trataba de un recordatorio. El Concilio de Trento intimaba paternalmente a los responsables, para que no admitieran con facilidad el matrimonio de hombres vagos y ese es el espíritu de la regulación sobre el tema contenida en las Constituciones. Sin embargo, existía una pequeña diferencia entre las normas tridentinas y las sinodales, ya que éstas facultan a los jueces eclesiásticos a conceder la licencia matrimonial correspondiente, mientras que en Trento expresamente se confirió esta facultad a los obispos⁹⁴.

La magnitud del problema del matrimonio de los vagos queda reflejada en la dureza de las palabras utilizadas por el Concilio de Trento para referirse al tema: “Muchos son los que andan vagando y no tienen mansión fija, y como son de perversas inclinaciones, desamparando la primera mujer, se casan en diversos lugares con otra, y muchas veces con varias, viviendo la primera”⁹⁵.

Nada nos dicen las Constituciones Sinodales acerca del tiempo de permanencia que se requería para que una persona adquiriera la condición de feligrés de una determinada parroquia. No obstante, en el Tercer Concilio Provincial de México de 1585, se fijó en tres meses para los españoles y seis para los indígenas⁹⁶, parámetros que podemos tomar como referencia. Tampoco regulan las Constituciones el supuesto de hombres que llegaban a una parroquia en compañía de una mujer, aduciendo estar casado con ella. No se trataba expresamente de vagos, pues arribaban con el ánimo de establecerse en ese lugar. El problema era saber si realmente detentaban la condición de casados. En ese caso, sinodales de la época, facultaban a los curas para solicitarles certificación de su casamiento, que debían exhibir en un plazo determinado. De no hacerlo, se procedía contra ellos conforme a derecho como si estuvieran amancebados⁹⁷.

El Obispo se explaya en el tema del matrimonio de vagos, que es un supuesto especial, pero lo cierto es que antes de la celebración de todo matrimonio,

⁹² Baños, *Constituciones Sinodales...*, Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo I y Constitución N° 184, 270. Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Canon X.

⁹³ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo II, 271.

⁹⁴ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Cap. VII.

⁹⁵ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Cap. VII.

⁹⁶ Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 5-6.

⁹⁷ Bartholomé Lobo Guerrero, Arzobispo, *Constituciones Sinodales del Arzobispado de los Reyes (Lima) en el Perú 1613* (Lima: Francisco del Campo, 1614), 80. 94 folios, Libro III, Título I, Capítulo IX

incluso entre feligreses de una parroquia, debía recabarse lo que se conocía como las “informaciones”, solo que en el caso de hombres vagos se exigía mayor cautela⁹⁸.

Para las informaciones, el párroco debía tomar conocimiento de si los contrayentes eran solteros, si tenían la edad mínima para contraer matrimonio, catorce años el varón y doce la mujer, si estaban bautizados, si estaban formados en los misterios de la fe, si existía entre ellos algún impedimento, si eran libres, esclavos o indios, si eran moradores del lugar donde pretendían casarse, si se trataba de primeras o segundas nupcias, quienes eran sus padres. Estas averiguaciones se venían realizando desde antaño, incluso antes de la celebración del Concilio de Trento, pero al establecer éste el carácter público del matrimonio, sin duda adquirieron mayor importancia. Debían ser remitidas al obispo para su revisión, sin embargo a partir de 1698, con el breve de papa Inocencio XII, se delegó esta facultad supervisora en los vicarios, sólo cuando se tratara de parroquias situadas a más de dos días de distancia de la sede episcopal⁹⁹.

Cumplidas las indagaciones pertinentes, si no había impedimento y si los contrayentes se mantenían firmes en su deseo de contraer matrimonio, se procedía a librar las amonestaciones o proclamas. Sin embargo, aclaraban las Constituciones Sinodales, que ni los curas de la catedral ni de las parroquias, podían leer las amonestaciones, sin haber cumplido con las “informaciones” y sin haber recibido licencia por escrito del juez eclesiástico correspondiente, se refiere a la licencia matrimonial¹⁰⁰.

Como veremos a lo largo de este estudio, las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela, contemplaban los cuatro momentos definidos por el Concilio de Trento para la celebración del matrimonio: Las amonestaciones, los desposorios, las bendiciones nupciales o velaciones y el registro parroquial¹⁰¹.

En el tema de la publicidad y de lo que debía preceder a la celebración del matrimonio, las amonestaciones, moniciones o denunciaciões jugaban un papel primordial y es por esto que las Sinodales le dedican varias Constituciones.

Las amonestaciones eran proclamas que se leían públicamente con la finalidad de dar a conocer la identidad de los contrayentes, con el propósito de

⁹⁸ Cf.: Juan de Palafox y Mendoza, Obispo, *Manual para la precisa, pronta y fácil administración de los Santos Sacramentos, Arreglado Al Ritual De N. SS. P. Paulo Quinto, Puebla de los Ángeles Puebla de los Ángeles*, (Puebla de los Ángeles: Reimpreso en la Imprenta de D. Pedro de la Rosa, 1809), 95.

⁹⁹ Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 6-9.

¹⁰⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 184, 270-271.

¹⁰¹ Cf.: Latasa, “Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas, (s. XVI-XVIII)”, 19.

que cualquier persona pudiera manifestar al párroco respectivo si existía algún impedimento para la celebración de ese matrimonio¹⁰².

Las Constituciones Sinodales, siguiendo a la letra los preceptos tridentinos, preceptuaban que las amonestaciones debían ser realizadas por el cura, previo consentimiento de los contrayentes o de sus padres, y debían leerse en tres días continuos de fiesta de guardar, al momento de la misa mayor¹⁰³. Debe entenderse por día de fiesta, aquel en el cual la iglesia establecía la obligación de oír misa¹⁰⁴. La finalidad era darle publicidad al matrimonio en la ceremonia más concurrida, de manera que se enterara el mayor número de feligreses¹⁰⁵. Ahora, en aquellos lugares donde sólo había un sacerdote, aclaran las sinodales, podía leerlas durante la única misa, al momento del ofertorio, y sin necesidad de apartarse del altar. Precisa el Obispo que en todos los casos de amonestaciones, sea cual sea el grado o la calidad de las personas, a ninguna se les llame señor. Aunque no expresa las razones, es claro que quería reservar el calificativo de Señor para referirse a Dios Padre. Léida la última proclama, debían esperarse por lo menos seis horas antes de proceder a la celebración matrimonial¹⁰⁶.

El tema de publicitar los matrimonios a través de amonestaciones no era nuevo. Estaban previstas desde el siglo XII en las Decretales del papa Alejandro III y fueron dispuestas con carácter obligatorio en el Concilio de Letrán de 1215 en los cánones 50 a 52¹⁰⁷. En ellos se castigaba al cura que asistiera al matrimonio sin publicarlas con suspensión por tres años y a los contrayentes con una penitencia. Sin embargo, no precisaban las normas lateranenses ni el número y ni la forma de realizar las proclamas. Con el Concilio de Trento las amonestaciones adquirieron otra dimensión, fijándose la forma específica de realizarlas.

El objetivo de las moniciones como mecanismo de publicidad, era intimar a los terceros a manifestar si tenían conocimientos de circunstancias que pudieran impedir un matrimonio. Con la publicación del Ritual Romano en 1614, se avanzó en este punto, porque además de la periodicidad con que debían leerse, que se mantuvo como quedó expresado, se incluyó un modelo de amonestación y la recomendación de que se leyeran en “lengua vulgar”. Además, se precisó, que si los contrayentes pertenecían a distintas parroquias, debían publicarse en

¹⁰² Cf.: León Carbonero y Sol, *Tratado Teórico-Práctico del Matrimonio* (Sevilla: Imprenta de D. A. Izquierdo, 1864) Tomo I, 170-171.

¹⁰³ Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed. (2020) s.v. “misa mayor”, fecha de consulta 17 de agosto de 2021, <https://dle.rae.es>.

¹⁰⁴ Cf.: Pothier, *Tratado del Contrato de Matrimonio*, 38.

¹⁰⁵ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 185, 271-272.

¹⁰⁶ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 185, 271-272.

¹⁰⁷ Cf.: Latasa, “Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)”, 19-20.

ambas¹⁰⁸. Esto último, había sido consagrado con antelación en el sínodo limeño de 1613: “Y cuando de los dos contrayentes el uno fuere de un parroquia, y el otro de otra se harán las dichas amonestaciones en ambas dos parroquias, y hasta que conste haberse hecho no se procederá a hacer el Matrimonio”¹⁰⁹.

En esas misma Constituciones Sinodales limeñas, el arzobispo Bartholomé Lobo, castigaba con excomunión mayor, cuya absolución se reservaba, suspensión del oficio sacerdotal por seis meses y multa de cien pesos, a los curas que celebraran matrimonios sin publicar las amonestaciones, salvo los casos de dispensa. Igualmente, fulminaba anatema a los contrayentes y a los asistentes que estuvieran al tanto de que no se había cumplido con la debida publicidad, sin perjuicio de las otras penas que pudieran imponer los jueces eclesiásticos¹¹⁰.

En el Ritual Romano, en cuanto al texto uniforme de las amonestaciones, se preveía que el sacerdote mencionara los nombres de los contrayentes y de sus padres, y posteriormente debía decir:

...pretenden contraer entre sí, Matrimonio, según orden de nuestra Santa Madre Iglesia Católica Romana: si alguna persona supiere algún impedimento canónico de consanguinidad, afinidad o parentesco espiritual, u otro cualquiera por que no deban casarse, lo manifieste, pena de excomunión. Y esta es la primera, (segunda o tercera) Amonestación¹¹¹.

También estableció el Ritual Romano un lapso de caducidad de las amonestaciones que fijo en dos meses. En consecuencia, si leídas las proclamas vencía el lapso sin haberse realizado el matrimonio, tenían que publicarse nuevamente¹¹².

Las Constituciones del Obispado de Venezuela exigen el consentimiento de ambos contrayentes para proceder con las amonestaciones, lo cual quiere decir que no podían librarse cuando la solicitud dimanara de uno solo de ellos. Con esta previsión, se quería evitar que leídas las denunciaciões en desconocimiento de una de las partes, en especial la mujer, ésta se sintiera forzada a casarse para evitar escándalos y murmuraciones¹¹³. En las Constituciones Sinodales de Lima de 1613, expresamente se preveía, que ningún cura hiciera amonestaciones a

¹⁰⁸ Cf.: Latasa, “Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)”, 19-20.

¹⁰⁹ Lobo Guerrero, Arzobispo, *Constituciones Sinodales...*, 77-78.

¹¹⁰ Cf.: Lobo Guerrero, Arzobispo, *Constituciones Sinodales...*, 76-77.

¹¹¹ Palafox y Mendoza, *Manual para la precisa, pronta y fácil administración de los Santos Sacramentos*, 95-96.

¹¹² Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 11.

¹¹³ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 185, 271.

petición de un hombre, al menos que presentara certificación de un notario público del lugar, en la cual constara el consentimiento de la mujer con la que quería casarse¹¹⁴.

Las amonestaciones podían ser dispensadas en forma diversa, con el ánimo de proteger la libertad matrimonial, lo cual quiere decir que aunque fundamentales, no obstaban a la validez del matrimonio¹¹⁵. Podía tratarse de una dispensa parcial, que implicaba que de las tres sólo se publicaban una o dos. La dispensa podía también referirse al momento de su lectura, ya que en lugar de publicarlas antes del matrimonio como era lo ordinario, se hacía una vez celebrado y, finalmente, podían ser dispensadas en forma absoluta, supuesto en el cual se omitían. En este último caso, la normativa sinodal de la época recomendaba a los cónyuges no hacer celebraciones con fiestas, ya que si lo que se quería evitar era la publicidad del matrimonio, el objetivo se veía frustrado si hacían manifestaciones de júbilo que llamaran la atención.

La dispensa de las proclamas estaba preceptuada en el Decreto de Reforma sobre el Matrimonio del Concilio de Trento, el Ritual Romano de 1614 y en las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela¹¹⁶.

En la normativa sinodal caraqueña, la exoneración de las amonestaciones era una facultad privativa del obispo o su comisionado. Consecuentemente, ni los vicarios, ni los curas podían dispensar de alguna o de todas las proclamas. Por otra parte, las amonestaciones sólo podían ser dispensadas cuando existiera justa causa, que debía ser apreciada por el Obispo, quien decidía sobre el particular¹¹⁷. Esta regulación se adaptaba a los postulados tridentinos contenidos en el Decreto de Reforma sobre el Matrimonio, en el cual se orientaba a los obispos sobre las razones que podían llevar a esta situación excepcional:

Y si en alguna ocasión hubiere sospechas fundadas de que se podrá impedir maliciosamente el Matrimonio, si preceden tantas amonestaciones; hágase sólo una en este caso; o a lo menos celébrese el Matrimonio a presencia del párroco, y de dos o tres testigos¹¹⁸.

Al momento de leerse las amonestaciones debía indicarse si se trataba de la primera, de la segunda o de la tercera. Si había sido acordada una dispensa parcial, se dejaba en claro que la o las siguientes habían sido dispensadas, de

¹¹⁴ Lobo Guerrero, Arzobispo, *Constituciones Sinodales...*, 78.

¹¹⁵ Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 14-16.

¹¹⁶ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 186, 272.

¹¹⁷ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 186, 272.

¹¹⁸ Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Decreto de reforma sobre el matrimonio, Cap. I.

manera que los que tuvieran algo que decir, conocieran los plazos que tenían para hacerlo¹¹⁹. Ahora, en el supuesto de dispensa en cuanto al momento de su lectura, que en la práctica significaba que se celebraba el matrimonio sin leerse previamente las amonestaciones, la Constitución 188 ordenaba a los curas, que notificaran a las partes, acerca de la obligación que tenían de no juntarse, ni consumir el matrimonio hasta tanto se leyeran y no resultara impedimento¹²⁰. Como vemos, en este caso, no se dejaban de publicar las moniciones, que se leían con posterioridad a la celebración nupcial. Con esta forma de proceder se lograban dos objetivos, por una parte, evitar oposiciones maliciosas al matrimonio, como podría ser la de un padre que injustificadamente rechazaba a la pareja de su hijo o hija; por la otra, se prevenía que dolosamente los contrayentes acudieran a esta fórmula como una vía para ocultar algún impedimento.

El Consejo de Indias objetó parcialmente esta Constitución 188, alegando, que habiéndose dispensado las amonestaciones y celebrado el matrimonio, no se les podía impedir a los cónyuges el “uso”, y si leídas con posterioridad resultaba algún impedimento, los Sagrados Cánones preceptuaban remedios para que permanecieran separados (*quoad thorum*), hasta tanto se declarara la nulidad del matrimonio¹²¹.

Con esta postura, el Consejo de Indias se apartaba de los postulados del Concilio de Trento, inspiradores de la norma sinodal, que establecían que las amonestaciones debían ser leídas antes de que los cónyuges consumaran el matrimonio y de esa forma determinar más fácilmente si existía algún impedimento “...a no ser que el mismo Ordinario tenga por conveniente que se omitan las mencionadas proclamas, lo que el santo Concilio deja a su prudencia y juicio”, que es el supuesto de dispensa absoluta al que también hacíamos referencia¹²².

Como ya señalamos, la dispensa de las amonestaciones era una facultad privativa de los Obispos, sin embargo, las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela contemplaban un caso de excepción. Se trataba del supuesto de una pareja que teniendo “mala amistad” y estando en peligro de muerte alguno de ellos o ambos, manifestaban su voluntad de contraer matrimonio con el ánimo de “aquietar sus Consciencias”. Ante esa situación, en la cual la premura

¹¹⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 187, 272.

¹²⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 188, 272.

¹²¹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo II, 272.

¹²² Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Decreto de reforma sobre el matrimonio, Cap. I.

podía tomar imposible acudir al ordinario del lugar para solicitar licencia, se autorizaba a los Vicarios y curas a dispensar las amonestaciones y proceder con el matrimonio, siempre que el consentimiento fuera mutuo y no mediara impedimento. El ánimo para dictar esta medida de extraordinaria, que encontramos también en otras normas sinodales americanas, era que no quedara "...alguno de ellos con infamia, especialmente la Mujer..."¹²³. Se facultaba igualmente a los vicarios o curas a recoger la información jurídica que en estos casos se requería y a legitimar a los hijos si los hubiere¹²⁴.

La dispensa absoluta de las amonestaciones o su publicación una vez celebrado el matrimonio, fue la vía que encontraron algunas parejas para casarse sin el consentimiento paterno y esta parece ser la principal razón que motivó este tipo de solicitudes. Su tramitación, no constituía propiamente un proceso judicial, no obstante, solía tomarse declaración a los contrayentes, testigos, familiares o personas de reconocida honorabilidad y finalizaba con el pronunciamiento favorable o desfavorable de la autoridad eclesiástica¹²⁵.

En ocasiones, la solicitud de dispensa iba acompañada del "depósito de la mujer", que era sacada del ámbito familiar para librarla de las presiones y era recluida en un hogar respetable o en la casa del Obispo hasta la celebración del matrimonio. Por eso se afirma que el "...depósito fue un medio bastante efectivo de proteger a las parejas en contra de la interferencia maliciosa de parientes o tutores, pues proporcionaba una protección temporal cuando la violencia o la persuasión excesiva amenazaban con impedir el matrimonio"¹²⁶.

En estos casos, otorgada la licencia matrimonial, el casamiento se llevaba adelante con la sola presencia del párroco y los testigos, con el único fin de que permaneciera oculto mientras subsistiera la causa que obligó a celebrarlo de esa forma. Eran los llamados matrimonios de conciencia, que no llenaban el calificativo de clandestinos, porque salvo en el tema de las amonestaciones, que no eran imprescindibles para la validez del vínculo, en todo lo demás estaban ajustados a derecho¹²⁷.

¹²³ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 189, 273.

¹²⁴ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 189, 273.

¹²⁵ Cf.: Pilar Latasa, "Publicidad y libertad en el matrimonio: autoridad paterna y dispensa de amonestaciones en Lima, 1600-1650", en *Padres e hijos en España y el mundo hispánico: Siglos XVI y XVIII*, coord. por Jesús María Usunáriz Garayoa, Rocío García Bourrellier (Madrid: Visor, 2008), 58, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2927527>

¹²⁶ Hipp Troncoso, "Orígenes del matrimonio y de la familia modernos", 67.

¹²⁷ Cf.: Carbonero y Sol, Carbonero y Sol, *Tratado Teórico-Práctico del Matrimonio...*, 61.

Las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela pretendieron introducir un supuesto en el cual se facultaba a los curas a suspender temporalmente la publicación de las amonestaciones, sin embargo, no encontró aprobación en el Consejo de Indias. Era el caso de las personas viudas que querían contraer nuevas nupcias sin cumplir con las disposiciones testamentarias de su primer consorte relativas a obras pías. En el caso específico de las mujeres, se justificó la medida, aduciendo que después de casadas, se excusaban de cumplir por temor a sus maridos. Por tal motivo, el Obispo ordenaba a los curas no librar las amonestaciones, si tenían constancia de que el o los contrayentes habían dejado de cumplir con los píos legados de sus cónyuges fallecidos, teniendo bienes suficientes para hacerlo, so pena de castigo que el ordinario dejaba a su arbitrio. El Consejo de Indias consideró que con esta medida se perjudicaba y se embrazaba la celebración de los matrimonios y la deja sin efecto, previniendo al Obispo que "... en cuanto le tocare cuide de que las viudas cumplan con los testamentos y últimas voluntades que estuvieren a su cargo y obligación"¹²⁸.

Si publicadas alguna o todas las amonestaciones resultaba impedimento, el matrimonio no se celebraba y el cura, sin prejuzgar de la veracidad o falsedad de lo denunciado, debía informar al Obispo o al Provisor, quienes eran los únicos llamados a decidir sobre el particular. Así se establece en las Constituciones Sinodales y se fija una pena de cuatro pesos para los sacerdotes que contravinieran esta disposición¹²⁹. Para evitar que esta medida abriera la puerta a denuncias temerarias, las propias Constituciones imponían la pena de excomunión mayor, a quienes depusieran falsamente, por venganza o con el ánimo de que el casamiento no se efectuara, sin perjuicio de otros castigos que se les pudiera imponer. La pena de excomunión mayor también era aplicable a quienes teniendo conocimiento de algún impedimento por cualquier medio, no cumplieran con la obligación de descubrirlo ante el cura correspondiente¹³⁰.

La fijación de la forma canónica del matrimonio y el régimen de publicidad a través de las amonestaciones, ayudaron a combatir los matrimonios clandestinos y los males asociados con su ocurrencia. Sin embargo, esta figura no desapareció por completo, y continuó expresándose de dos formas: Primero, los matrimonios que se celebraban sin librar las amonestaciones y sin haber obtenido dispensa, pero con la presencia del cura y los testigos, que a pesar de las sanciones que pudieran merecer, eran matrimonios válidos; y, segundo, los que pasaron a llamarse matrimonios por sorpresa. Estos ocurrían cuando los contra-

¹²⁸ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 141, 319.

¹²⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 190, 273.

¹³⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 191, 273.

yentes acudían a la misa o requerían la presencia del párroco con cualquier pretexto, por ejemplo la enfermedad grave de una persona, aprovechando la ocasión, con testigos prevenidos o teniendo como tales a los presentes, para manifestarse el consentimiento matrimonial¹³¹. Se partía de que el sacerdote y los testigos asistían válidamente al matrimonio aunque su presencia fuera pasiva¹³², y a pesar de que los contrayentes no recibían la bendición sacerdotal y podían ser sancionados por su conducta, aspiraban a que la iglesia validara el matrimonio. Sin embargo, esto dependía de los tribunales eclesiásticos ante los cuales debían probar suficientemente que no existía impedimento y que el consentimiento recíproco había sido efectivamente dado.

Los que acudieron a esta vía para tratar de lograr matrimonios válidos, se amparaban en el principio de libertad matrimonial que la iglesia defendía y en el consentimiento como causa eficiente del matrimonio y, aunque sabían que serían castigados por su comportamiento, entendían que era el último recurso frente a la oposición familiar, manifestada incluso a través de juicios de disenso¹³³. Algunas parejas, concedores de la normativa canónica, consumaban el matrimonio por sorpresa mediante la cúpula, con la intención de evitar las acciones de nulidad. Esta forma de proceder se mantuvo hasta el año 1907, cuando el papa Pío X, por el decreto *Ne Temere*, exigió entre otras cosas, la presencia activa del sacerdote, que en lo sucesivo era el encargado de solicitar el consentimiento de los contrayentes¹³⁴.

En la Revista Montalbán número 42, año 2008, publicada por la Universidad Católica Andrés Bello, se recoge un trabajo de María Teresa Tovar, que bajo el título “Los matrimonios clandestinos en Venezuela a finales del siglo XVIII”, estudia el caso de José Manuel Morón y Rosalía de la Madriz. Esta pareja, la nochebuena del año 1792, se presentó en el templo ante el cura rector de la parroquia de Altigracia en Caracas y sin su conocimiento, se declararon que se recibían como marido y como mujer. El 25 de diciembre las autoridades eclesiásticas fueron puestas al corriente de lo ocurrido y de inmediato ordenaron la apertura del juicio. No podemos detenernos a narrar los pormenores del proceso, que están perfectamente detallados por la autora; sólo nos interesa destacar que al final, ambos fueron condenados a cinco años de prisión, José Manuel Mo-

¹³¹ Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 25.

¹³² Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 25.

¹³³ Cf.: Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2020), s.v. “juicio de disenso”, <https://dpej.rae.es/>. Proceso que se promueve para que, en procedimiento sumario, se resuelva acerca de la procedencia o improcedencia de la oposición a un matrimonio, formulada por las personas a quienes la ley autoriza para hacerlo.

¹³⁴ Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 25.

rón en el castillo de Puerto Cabello y Rosalía de la Madriz en la casa de enseñanza de Niñas de Caracas. En cuanto al matrimonio, aspecto del mayor interés para nuestra investigación, el tribunal sentenció: “Fallamos que debemos declarar y declaramos por válido, firme y subsistente el matrimonio celebrado ante el propio Párroco, y más que suficiente número de testigos mandando se sienta la partida en el libro Parroquial que corresponde”¹³⁵.

Como observamos en el ejemplo comentado, los tribunales eclesiásticos debían decidir en lo civil y en lo criminal. En lo civil, determinaban si el matrimonio era válido por estar ajustado a la forma canónica o si era nulo. En lo criminal, juzgaban sobre la inocencia o culpabilidad de los contrayentes, sacerdote y testigos. Por esta razón, era común que estos procesos fueran incoados por los curas que habían sido sorprendidos en su buena fe, con el ánimo de demostrar que no estaban involucrados¹³⁶.

VII. La Bula Satis Vobis Copertum

La bula Satis Vobis Copertum de fecha 17 de noviembre de 1741, del papa Benedicto XIV, a pesar de tratarse de un documento posterior a las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela, reflexiona hacia el pasado sobre los males asociados a la dispensa absoluta de las amonestaciones. No se opone a la celebración de matrimonios secretos, lo que eventualmente podía ser aconsejable para evitar ciertos males, pero pasa a regularlos para evitar abusos y desviaciones¹³⁷.

El papa, después de reconocer las bondades de las normas tridentinas sobre el matrimonio, señala:

...por la perversa costumbre, demasiado introducida en estos fatales tiempos, de celebrar tan secretamente los Matrimonios, que se llega a ocultar enteramente la noticia de ellos, quedando para siempre sepultada en el olvido; por cuanto está hoy en uso celebrarlos sin preceder ninguna amonestación ante el Párroco solamente, u otro Sacerdote con licencia suya, y en presencia de dos testigos solos...¹³⁸.

Enfatiza, que la dispensa de las amonestaciones o proclamas era una situación excepcional, sin embargo, se había transformado en lo ordinario, dando

¹³⁵ María Teresa Tovar, “Los matrimonios clandestinos en Venezuela a finales del siglo XVIII”, en *Revista Montalbán* N° 42 (2008): 172.

¹³⁶ Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 25.

¹³⁷ Cf.: Latasa, “Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos”, 2.

¹³⁸ Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*, (Madrid: Oficina de Don Antonio Espinosa, 1790), Tomo I, 147-165

ocasión a diversos problemas que detalla elocuentemente y que derivan principalmente de la carencia de pruebas. Apunta que, con los matrimonios ocultos, “llamados vulgarmente de conciencia”, algunos hombres le prometían matrimonio público a otra mujer después de haberse casado en secreto, llegando otros a contraer más de un matrimonio oculto, sin haberse disuelto el anterior, incurriendo en el delito de poligamia¹³⁹.

Solía también ocurrir, apunta el Papa, que celebrado el matrimonio oculto, para cubrir las apariencias y no despertar sospechas ante la comunidad, marido y mujer se mantenían en residencias separadas, incumpliendo con uno de los fines del matrimonio como es la vida en común¹⁴⁰.

Le preocupa a Benedicto XIV el daño que se le causaba a los hijos nacidos de esos matrimonios ocultos, que muchas veces eran separados de sus padres y hasta los mismos padres les daban muerte “...con abominable temeridad y contra las leyes de la naturaleza”¹⁴¹.

Reconoce que cuando eran criados por los padres, quedaban expuestos a la pérdida de los bienes y riquezas de sus mayores, como consecuencia de no poder probar su filiación y legitimidad, debido al matrimonio oculto de sus padres, del cual no quedaba memoria alguna¹⁴².

Incluye en esta enumeración, a los matrimonios clandestinos contraídos por los “hijos de familia” en contra de la voluntad de sus padres, cuando estos tenían justos motivos para impedirlos. No se detiene a especificar las consecuencias negativas de estas uniones y sólo se limita a decir que “... de ellos suelen nacer los graves inconvenientes que todos saben”¹⁴³.

Concluye la enumeración, reconociendo la existencia de clérigos de órdenes menores, que mantenían y disfrutaban de pensiones y beneficios eclesiásticos “...instituidos para el culto divino y servicio de la Iglesia, mucho tiempo después de haberse casado clandestinamente, enriqueciéndose de esta manera del tesoro de la iniquidad”¹⁴⁴.

Para remediar estas desviaciones, exhorta a los obispos a que sean muy celosos al momento de dispensar las amonestaciones, asumiendo como premisa que en la mayoría de los casos, la solicitud se hace con fines siniestros. Reconoce

¹³⁹ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

¹⁴⁰ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

¹⁴¹ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

¹⁴² Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

¹⁴³ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

¹⁴⁴ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

el papa que es facultad de los Obispos dispensar de las proclamas, incluso de manera absoluta, pero al mismo tiempo insiste en que la decisión no puede depender exclusivamente del capricho del “dispensante”, ya que como bien señala el Concilio de Trento, debía tomarse sobre la base de las “...estrechas y justas leyes de la prudencia, razón y equidad...”¹⁴⁵, lo que presupone como requisito de procedencia, la existencia de una justa causa.

A manera de ejemplo, el papa señala que en el tribunal de su penitenciaría, sólo se dispensaba de manera absoluta de las amonestaciones, en los casos de amancebamientos que a los ojos públicos pasaban por matrimonios. De esta manera se estimulaba la legalización de las relaciones de hecho, sin el temor por parte de los contrayentes al eventual escándalo que podía derivarse de hacer pública la celebración nupcial entre personas que todos pensaban que ya estaban casadas¹⁴⁶.

Exhorta a que se levante información minuciosa de las personas que solicitan contraer matrimonio oculto y pasa a detallar lo que se debía conocer:

...conviene a saber: si son de tal calidad, dignidad y condición que le pidan y soliciten por buen fin; si son libres, o dependen de otros: si son hijos de familia, cuyos padres aborrezcan, y desapruében justamente el Matrimonio, porque sería ciertamente una acción muy ajena de vuestro ministerio Episcopal, dar al hijo en tal caso, fácil ocasión de desobedecer a su padre; si son personas Eclesiásticas, aunque de menores órdenes, que obtengan Pensiones, y Beneficios Eclesiásticos; para contener después con providencias, remedios oportunos la abominable retención de las Pensiones y Beneficios Eclesiásticos, en los que están casados. Pero sobre todo, antes de conceder licencia para el Matrimonio secreto, cuidado de que los contrayentes presenten documentos auténticos, legítimos y sin fraude, que atesten y justifiquen su libertad, para apartar de aquellos que sean de ingenio discolo y travieso, el peligro de la poligamia¹⁴⁷.

Como señalamos, una de las principales preocupaciones del papa tiene que ver con las pruebas de estos matrimonios secretos, con la finalidad de evitar la poligamia, como tanto insiste, y garantizar los derechos civiles de los hijos nacidos de estas uniones. Es por esto, que ordena a los párrocos y demás sacerdotes que asistan con licencia, culminada la celebración matrimonial, remitir sin demora al obispo correspondiente, un documento con los datos relativos a ese matrimonio: día y lugar, nombre de los contrayentes, nombre de los testigos. El obispo debía entonces mandar a transcribir esa información “para noticia y memoria de lo hecho”, a un libro distinto de aquel en el cual se registraban los

¹⁴⁵ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

¹⁴⁶ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

¹⁴⁷ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

matrimonios públicamente realizados, libro que debía ser guardado cuidadosamente en la secretaría episcopal¹⁴⁸.

Ordenaba igualmente el papa, que en el caso de tener hijos, los casados ocultamente estaban obligados a bautizarlos en la iglesia parroquial en la que se confería este sacramento al resto de los niños del pueblo y, siendo necesario, se podían omitir los nombres de los padres en la partida correspondiente:

... y expresamente mandamos, que el padre del bautizado, y muerto este, la madre, os den parte y denuncien la prole que tuvieren, haciendo la referida denuncia personalmente, o por carta firmada de su puño, o por medio de una persona fidedigna, nombrada a este intento por los mismos padres, a fin de que cierta y claramente, os conste que la prole bautizada en tal día, tiempo y lugar, (cual se supriman los nombres de los padres, cual se expresen otros fingidos) (sic) es legítima, aunque habida en Matrimonio oculto.

Quedaba al obispo la obligación de mandar a insertar en otro libro especial y distinto al de los matrimonios ocultos, la información de estos bautizados con el nombre de sus padres y padrinos, libro que debía ser guardado y custodiado en la secretaría episcopal. Si los padres dejaban de remitir esta información en un término de treinta días contados a partir del nacimiento de los hijos, la sanción era hacer público el matrimonio por parte del obispo, sin perjuicio de otro castigo a su arbitrio, todo lo cual debía ser advertido a los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio para evitar que se acusara a los párrocos de haber revelado el secreto.

La bula *Satis Vobis Copertum* es un documento fundamental, ya que pone de relieve la preocupación del papa por el relajamiento en el manejo de las amonestaciones o proclamas. Estas tenían por finalidad darle publicidad a los matrimonios, de allí la conveniencia de leerlas antes de su celebración. Cualquier situación distinta era excepcional, razón por la cual se requería de una dispensa. Sin embargo, lo excepcional, en palabras del papa, se había transformado en lo ordinario, dando cabida a diversos males que resultaba necesario erradicar. Por eso le insiste a los obispos en el deber que tenían de valorar suficientemente cada caso antes de conceder la dispensa y, por otra parte, como su intención no es eliminar la posibilidad de los matrimonios secretos cuando estuvieran justificados, establece un sistema registral con el objetivo de dejar constancia de su ocurrencia y de los hijos nacidos de estas uniones.

¹⁴⁸ Cf.: Benedicto XIV, papa. *Colección de las Bulas del Santísimo Padre Benedicto XIV*. Tomo I, 147-165.

VIII. De lo que han de observar y guardar los curas en la celebración del Santo Sacramento del Matrimonio

Desde la Baja Edad Media la ceremonia nupcial propiamente dicha, estaba compuesta de dos actos bien definidos: Los desposorios y las velaciones¹⁴⁹. Los desposorios eran matrimonio propiamente dicho, en el cual los contrayentes manifestaban su consentimiento ante la iglesia, in facie ecclesiae; mientras que las velaciones eran las bendiciones que la iglesia daba a los nuevos cónyuges y que se impartían durante la misa nupcial:

Este sacramento se celebra cuando el padre y cura vuestro os toma las manos a la puerta de la iglesia o en vuestra casa, diciendo el varón y la mujer que se quieren por marido y mujer. Entonces se hace este sacramento y no antes ni después; y todo lo demás que se hace, de velaros y de las arras y de las candelas y misa y todas son ceremonias y bendiciones de la Santa Iglesia para que vuestro casamiento tenga buen suceso en servicio de Dios¹⁵⁰.

De acuerdo con las costumbres de la época, el matrimonio se celebraba en la puerta de la iglesia¹⁵¹, a donde se trasladaba con la mayor ceremonia el cura, revestido de sobrepelliz y estola blanca y donde le esperaban los contrayentes, testigos y demás asistentes. Lo usual era que el sacerdote pronunciara unas palabras relativas a los frutos y efectos del sacramento del matrimonio y a la obligación que tenían los cónyuges de criar cristianamente a los hijos. Finalizado, pasaba a recordar las amonestaciones, dando una última oportunidad para que cualquier persona se pronunciara acerca de la existencia de algún impedimento para la celebración nupcial. Hecho esto, se pasaba al momento central de la manifestación de los consentimientos mutuos por parte de los contrayentes, luego les pedía que se tomaran la mano derecha, los bendecía y los asperjaba con agua bendita¹⁵². El Ritual Romano preveía, que en la ceremonia podían

¹⁴⁹ Cf.: Latasa, “Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)”, 24

¹⁵⁰ Doctrina cristiana y catecismo para instrucción de los indios y de las demás personas que han de ser enseñadas en nuestra Santa Fe con un confesionario y otras cosas necesarias para los que los doctrinan, que se contienen en la página siguiente. Compuesto por autoridad del concilio provincial que se celebró en la ciudad de los Reyes, el año de 1583 y por la misma traducido en las dos lenguas generales de este Reino: quichua y aymara. Impreso con licencia de la Real Audiencia, en la ciudad de Los Reyes, por Antonio Ricardo primero impresor en estos reinos del Pirú. Año de 1585, pp. 83v-88v. en Latasa, “Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)”, 26-27.

¹⁵¹ Hipp Troncoso, “Orígenes del matrimonio y de la familia modernos”, 64. Será en el siglo XVII cuando se traslade la celebración de la ceremonia al interior de la iglesia.

¹⁵² Cf.: Palafox y Mendoza, *Manual para la precisa, pronta y fácil administración de los Santos Sacramentos*, 96-98.

utilizarse las costumbres de cada lugar, tal y como lo había declarado el Concilio de Trento, siempre que no quedara duda sobre los consentimientos otorgados.

Las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela y Santiago de León de Caracas, establecieron normas tanto para los desposorios como para las velaciones. Las relativas a los desposorios están contenidas en el Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo III, Constituciones 192 a 199, bajo el epígrafe “De lo que han de observar y guardar los curas en la celebración del Santo Sacramento del Matrimonio”. No cabe duda de que estaban dirigidas a los sacerdotes, especialmente a los párrocos, imponiéndoles una serie de deberes que resumimos a continuación:

1. En cuanto a las palabras y forma, la Constitución 192 señala, que los sacerdotes debían ajustarse al Ritual Romano reformado por el Papa Urbano VIII¹⁵³. Se refiere el Obispo al Misal Romano, que fue una iniciativa del Concilio de Trento y cuya primera edición impresa la debemos al papa Pío V en el año de 1570 por la bula *Quo primum tempore*. Para enmendar ciertos errores tipográficos y hacer algunos agregados menores, fue reeditado por el papa Clemente VIII (bula *Cum Sanctissimum* de 7 de julio de 1604) y Urbano VIII (bula *Si quid est* de 2 de septiembre de 1634)¹⁵⁴. A esta última edición es a la que se refiere Diego de Baños y Sotomayor en sus Constituciones Sinodales.

2. Por la Constitución 193 se estableció que los matrimonios debían celebrarse en las iglesias y sólo cuando existieran causas razonables, podían oficiarse en casas particulares¹⁵⁵. Con esta medida, se reforzaba la publicidad del acto, sacándolo del ámbito privado y del control de los contrayentes o sus familiares. La celebración en los hogares quedaba como una medida excepcional.

3. Para resaltar el carácter sacramental del matrimonio, la Constitución 194 le ordenaba a los curas, no casar a quienes no estuvieran bien instruidos en la doctrina cristiana, imponiéndoles la obligación de examinar a los contrayentes, una vez librada la primera amonestación¹⁵⁶.

4. La Constitución 195 prohibía casar por segunda vez a los que tuvieran tutela, “... sin haberla discernido, o asegurado los bienes, pertenecientes al Pupilo...”¹⁵⁷. El Consejo de Indias no le dio el pase a esta Constitución, considerando que las leyes y autores que se señalaban como fuentes de esta previsión,

¹⁵³ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 192, 273-274.

¹⁵⁴ Cf.: Asociación Una Voce Sevilla, fecha de visita 28 de agosto de 2021, <http://www.unavocesevilla.com/libros.htm>.

¹⁵⁵ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 193, 274.

¹⁵⁶ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 194, 274.

¹⁵⁷ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 195, 274.

sólo consagraban la obligación que tenían los padres que contraían nupcias por segunda vez, de resguardar los bienes de sus hijos para evitar que pudieran resultar perjudicados. En consecuencia, no se podían impedir estos matrimonios. Además, señaló el Consejo, que velar que los padres y tutores cumplieran con la responsabilidad de asegurar los bienes de sus hijos o pupilos ante un eventual segundo matrimonio, era una facultad de la justicia secular¹⁵⁸.

5. Si los feligreses eran de distintas parroquias, de acuerdo con la Constitución 196, era el cura de la parroquia de la mujer quien debía presenciar el matrimonio, salvo que el Obispo, mediante licencia, dispusiera otra cosa¹⁵⁹. En muchos lugares de América existía la costumbre de que el matrimonio se celebrara en la parroquia de la mujer, pero en las Constituciones Sinodales se fijó como norma y cualquier cosa distinta resultaba extraordinario y requería de licencia del ordinario del lugar.

6. El ministro por excelencia para recibir en nombre de la iglesia el consentimiento matrimonial era el párroco de ambos feligreses o de la mujer como quedó expresado. Sin embargo, el propio párroco o el obispo, podían otorgarle licencia a otro. Por esto, la Constitución 197, estipulaba que los párrocos no dieran licencias para asistir a matrimonios a curas que no estuvieran facultados para administrar sacramentos¹⁶⁰, y en caso de que reunieran las condiciones, se entendía que esa licencia era intuitu personae y, en consecuencia, como señala la Constitución 198, no se podía sustituir, so pena de dos pesos¹⁶¹.

7. La Constitución 199 imponía a los curas la prohibición de officiar matrimonios entre una mujer robada y su raptor. Sólo cuando les constara que la mujer había sido puesta en libertad, podía procederse a la celebración, ya que mientras esto no ocurriera, privaba el impedimento dirimente que prohibía a la mujer casarse con su raptor.¹⁶² Si contraían matrimonio no estando apartados, ni en lugar seguro la mujer, este resultaba nulo de pleno derecho¹⁶³.

La nulidad del matrimonio en el que concurría rapto ya había sido regulada por el derecho romano. En el Digesto se estableció la imposibilidad absoluta de autorizar matrimonios entre raptor y raptada, para prevenir, entre otras cosas, que una mujer pudiera ser retenida con miras a contraer matrimonio. Esta postura fue acogida por el derecho canónico en el siglo XIII en las decretales de

¹⁵⁸ Baños, *Constituciones Synodales...*, Libro Tercero, Título VIII, 274.

¹⁵⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 196, 274.

¹⁶⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 197, 274.

¹⁶¹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 198, 275.

¹⁶² Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 199, 275.

¹⁶³ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 71, 450.

Gregorio IX, que consagraban la invalidez del matrimonio, pero por primera vez se estipuló, que si la mujer puesta en libertad manifestaba su voluntad de contraer nupcias con quien había sido su raptor, se podía proceder a la celebración. Este mismo criterio fue asumido por el Concilio de Trento que lo configuró como un impedimento dirimente y así se ha mantenido en el código de derecho canónico actual¹⁶⁴.

IX. Del matrimonio de los esclavos e indios

Las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela reflejan que una de las preocupaciones del Obispo era la impronta que solían tener los amos, mayordomos y encomenderos en el matrimonio de sus esclavos y de los indios encomendados. Las Constituciones comienzan reconociendo que la violencia de los amos, mayordomos y encomenderos se hacía presente para forzar a los esclavos e indios a casarse en contra de su voluntad o para evitar que lo hicieran. Por poner un ejemplo, cuando los esclavos que se pretendían casar pertenecían a distintos amos, alguno de ellos se veía obligado a desprenderse de la propiedad de su esclavo, para permitirles cumplir con el deber de convivencia. Esto no siempre resultaba conveniente, circunstancia que llevaba a los dueños a oponerse a la celebración y así evitar la pérdida de un recurso valioso. Señalan las Constituciones que algunos amos se valían de la prisión y el maltrato físico de sus esclavos con el único fin de lograr sus objetivos. Para refrenar estas conductas, Diego de Baños y Sotomayor impone la pena de excomunión mayor *latae sententiae*, a los amos, mayordomos o encomenderos y demás personas que impidieran o violentaran la libre voluntad de los contrayentes esclavos e indios y extendía la sanción a quienes les impusieran castigos por haberse casado¹⁶⁵, soportando estas medidas en los postulados del Concilio de Trento y del Concilio de Lima de 1582-1583¹⁶⁶. Por otra parte, ordenaba a los curas que casaran a los esclavos e indios que lo solicitaran, previo libramiento de las amonestaciones, puntualizando que si los amos, mayordomos o encomenderos pretendían impedirlo, se pusiera en conocimiento al vicario del partido o al propio obispo, para

¹⁶⁴ Cf.: Juan Manuel Castro Valle, 27 de febrero de 2019, “¿Es válido un matrimonio por rapto?”, Castro Valle Abogados, <https://nulidadmatrimonial.net/es-valido-un-matrimonio-por-rapto/>, acceso el 20 de junio de 2021.

¹⁶⁵ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 201, 276.

¹⁶⁶ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 200, 275-276. Armando Pedro Ferreccio, “El laicado español: notas sobre el III Concilio Provincial de Lima (1582-1583). Segunda parte”. *Teología. Revista de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Tomo XVIII, N° 37* (1981): 39. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=7911>.

que mediante censuras y otras penas, se lograra el objetivo de que pudieran casarse, so pena de multa de cuatro pesos de a ocho para los curas que no cumplieran con esta responsabilidad¹⁶⁷.

No se detienen las constituciones caraqueñas en las razones que inspiraron estas normas. Sin embargo, no requiere un esfuerzo comprender, que además de la libertad matrimonial, se buscaba frenar las uniones ilegales entre la población esclava e india. Esto lo podemos inferir de las Constituciones Sinodales de Lima de 1613, que expresamente señalaban que los negros y otras personas de servicio, con la finalidad de encubrir los matrimonios por temor a sus amos, se casaban en parroquias ajenas, quedando en mal estado por tratarse de matrimonios nulos, por no ser el cura su párroco, ni tener la licencia correspondiente. Que también solían usar personas interpuestas que se casaban por ellos o cambiaban sus nombres, todo lo cual lo hacían para evitar los castigos y presiones de sus propietarios y de los encomenderos, en el caso de los indios¹⁶⁸.

X. *Advertencias para los curas y doctrineros de indios*

En las Constituciones 203 a 207, contenidas en el Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo V, el obispo Diego de Baños y Sotomayor dirige unas advertencias a los curas y doctrineros de indios, en las cuales demuestra estar al tanto de ciertas costumbres de los naturales, algunas de las cuales reñían con los preceptos de la religión cristiana.

En primer lugar, exhortaba a los curas a verificar si los indios que pretendían contraer nupcias eran casados, ya que tenía conocimiento de su costumbre de casarse dos o más veces, para lo cual se mudaban de un pueblo a otro y presentaban como testigos a miembros de sus parcialidades, a quienes no les parecía reprochable esta conducta. Frente a esto, las Constituciones obligaban a los curas a requerirles certificado expedido por el sacerdote del partido de procedencia, a los fines de constatar su soltería¹⁶⁹. Aunque el Obispo no lo señala, también existía la costumbre entre los indios “de llevar hurtadas las mujeres” con las que se pretendían casar. Es por lo que algunos manuales de la época, recomendaban “depositarlas” en casas decentes, entretanto se hacían las averiguaciones pertinentes.

¹⁶⁷ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 201, 276. Cf.: Lobo Guerrero, Arzobispo. *Constituciones Sinodales...*, 79.

¹⁶⁸ Lobo Guerrero, Arzobispo. *Constituciones Sinodales...*, 78-79.

¹⁶⁹ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 203, 276. Cf.: Lobo Guerrero, Arzobispo. *Constituciones Sinodales...*, 81.

Las Constituciones Sinodales también imponían a los doctrineros el deber de investigar si la mujer india era viuda y si viviendo su marido, había cometido adulterio con el indio con quien quería casarse. Igualmente, debía investigar si había ayudado a la muerte del marido, ya que "... suele ser esto muy ordinario en ellos, valiéndose de Yerbas; advirtiéndoles, que es nulo el Matrimonio, interviniendo alguna cosa de estas, cualquiera que sea"¹⁷⁰.

Destacan las Constituciones que cuando los indios manifestaban su voluntad de casarse, era común que ya estuvieran "comunicándose carnalmente", razón por la cual instaban a que se les advirtiera que cometían pecado mortal y procurarían que en lo sucesivo se mantuvieran separados hasta la celebración del matrimonio¹⁷¹.

Las normas sinodales también preceptuaban el deber que tenían los doctrineros de examinar los parentescos de los contrayentes, teniendo presente que siendo indios, podían casarse dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad y afinidad sin necesidad de dispensa, tal y como había sido concedido el papa Pablo III¹⁷². Las Constituciones se refieren a la bula *Altitudi divini consilii* de 1 de junio de 1537 relativa a la forma de evangelización y conversión de los pueblos autóctonos. El documento no especificaba si este privilegio aplicaba tanto en línea recta como en línea colateral, pero la doctrina mayoritaria interpretó que la consanguinidad en esos grados sólo se dispensaba en línea colateral, mientras que en la afinidad la dispensa aplicaba a ambas líneas¹⁷³.

Finalmente, aclaran las Constituciones que si se trataba de indios que se habían convertido a la fe cristiana recientemente, y habían tenido muchas mujeres en su infidelidad, y alguna de ellas se convertía también y se bautizaba, los tuvieran por legítimamente casados aunque no se tratara de la primera mujer y "... este último se ha de tener por legítimo Matrimonio, sin escrúpulo alguno, en conformidad de Breve de la Santidad de Pío V en que se les concede"¹⁷⁴. Aluden las sinodales al llamado privilegio petrino, establecido por el papa Pío V

¹⁷⁰ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 204, 276.

¹⁷¹ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución, N° 205, 277. Lobo Guerrero, Arzobispo. *Constituciones Sinodales...*, 79-80.

¹⁷² Cf.: Pablo III, Bula *Altitudi Divini Consilii*, 1 de junio de 1537, en Vargas-Pacheco, Cristina, "Los Esponsales en el Derecho Indiano", 172.

¹⁷³ Cf.: Federico R. Aznar Gil, "El Impedimento Matrimonial de Parentesco por Consanguinidad en los Concilios y Sinodos Indianos (S. XVI)", en *Evangelización y teología en América (siglo XVI): X Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, ed. Josep-Ignasi Saranyana, et. al. por (Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1990), Vol. 1, 469-470, <https://dudun.unav.edu/handle/10171/4461>

¹⁷⁴ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 207, 277.

a través de la Constitución *Romani Pontificis* de 2 agosto de 1571¹⁷⁵. Debido a su importancia nos permitimos una larga cita:

... dado que a los Indios que, mientras vivían en la infidelidad les era permitido tener varias mujeres, siéndoles lícito repudiarlas hasta por los motivos más mínimos, se les ha permitido, por ello, una vez bautizados, permanecer con la esposa que se bautiza juntamente con el marido; y dado que sucede frecuentemente que ésta no es la primera mujer –de lo que se siguen gravísimas dudas (de conciencia) (sic) tanto para los ministros como para los Obispos, al considerar que no se trata de un verdadero matrimonio–; y dado que sería muy duro separarlos de las esposas, con las que se bautizaron, sobre todo porque sería muy difícil encontrar a la primera: por eso Nos, queriendo, por una parte, atender con benignidad y paternal afecto a la situación de los Indios y, por otra, descargar a los ministros y Obispos de sus angustias, motu proprio y con la certeza que Nos tenemos, y en virtud de la plenitud de la potestad apostólica, con Nuestra autoridad apostólica, a tenor de la presente, declaramos que los Indios una vez bautizados, como se ha dicho, y los que han de serlo en el futuro, pueden permanecer, como con esposa legítima –habiéndose separado de las otras–, con la que se haya bautizado o se bautice con ellos, y que tal matrimonio entre ellos es firme y legítimo¹⁷⁶.

Con la consagración del beneficio petrino se ponía fin a las inquietudes surgidas inmediatamente después de la publicación de la bula *Altitudo divini consilii* de Pablo III a la que también hemos hecho referencia. En esta se establecía que cuando los indios en su infidelidad habían tenido varias mujeres, pero no recordaban cual había sido la primera, convertidos a la fe, podían tomar de ellas a la que quisieran y contraer matrimonio. Ahora bien, si sabían cuál había sido la primera, sólo con ella podían quedar, dejando a las demás. Frente a esto, los curas y doctrineros se preguntaban, qué pasaba con el indio recién converso que quería contraer matrimonio con una mujer que se bautizaba junto con él, pero no era la primera que había tenido cuando vivía en la infidelidad. Por esta razón, desde 1540, misioneros de Nueva España habían elevado cartas al rey, para que solicitara del papa nuevas bulas que aclarasen este y otros puntos. Aunque con cierto retraso, le respuesta vino dada por la Constitución *Romani Pontificis*, que como se explicó, consagraba, entre otras cosas, el beneficio petrino, que quedó recogido en las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela de 1687.

¹⁷⁵ Cf.: Seweryn Swiaczny, “La disolución del vínculo en el matrimonio de los no bautizados: Ejercicio de la potestad pontificia”, (tesis doctoral en derecho canónico, Universidad de Navarra, 1998), 77.

¹⁷⁶ Pío V, Papa, *Constitución Romani Pontificis*, 2 agosto 1571. Magisterio Pontificio y Conciliar sobre amor, matrimonio y familia, <https://enchiridionfamiliae.com/resultados.php?words=mujer&page=27>

XI. De las bendiciones nupciales y del registro matrimonial

Como ya señalamos, la ceremonia nupcial estaba compuesta de dos actos, los desposorios o matrimonio propiamente dicho y las bendiciones nupciales, también conocidas como velaciones, tradición esta última que se remontaba a los primeros tiempos del cristianismo.

Las velaciones ocurrían durante la misa nupcial que podía celebrarse a continuación de los desposorios o en algún momento posterior, separado del casamiento por días o meses. Como en el matrimonio, esta ceremonia se iniciaba en la puerta de la iglesia, lugar donde los cónyuges esperaban por el párroco. En el sitio, se colocaba una fuente que contenía las arras, que debían ser trece monedas, y los anillos de oro o plata¹⁷⁷. Lo usual era que fueran llevados por los contrayentes, pero se procuró que en las parroquias de indios se contara con arras y anillos propios que pudieran ser utilizados una y otra vez, a los fines de cumplir con las bendiciones y así librar a los naturales de la carga de adquirirlos¹⁷⁸. En medio de oraciones y bendiciones, los cónyuges se colocaban uno al otro los anillos y el esposo le entregaba las arras a la mujer, cumplido lo cual, el cura les pedía que se tomaran la mano, dirigiéndolos hacia el altar, para dar inicio a la misa nupcial por los esposos. Rezado el Padre Nuestro, el cura cubría la cabeza de la mujer y los hombros del hombre con un velo, y pronunciadas las oraciones de rigor, continuaba con la celebración de la eucaristía. Cumplida la consagración, daba la comunión a los esposos y, terminada la misa, les quitaba el velo, los exhortaba a que fueran fieles y a cumplir con las obligaciones de todo cristiano. Finalmente, impartía la bendición, leía el prólogo del evangelio de San Juan, simbólicamente le entregaba la esposa al marido y los invitaba a marchar en paz tomados de la mano¹⁷⁹.

De la costumbre de cubrir la cabeza de la mujer y los hombros del hombre con un velo o manto, dimana la costumbre de llamar velaciones a la bendición nupcial. La palabra velación proviene de la expresión latina *velatio* que significa cubrir con un velo, simbolizando en el contexto matrimonial, que marido y mujer devienen en una sola carne. De allí que, en el lenguaje de la época, para

¹⁷⁷ Cf.: Diccionario de la Lengua Española, 23ª ed. (2020) s.v. “Sínodo”, fecha de consulta 17 de agosto de 2021, <https://dle.rae.es>.

¹⁷⁸ Cf.: Pilar Latasa, “La celebración del matrimonio en el virreinato peruano: disposiciones sinodales en las archidiócesis de Charcas y Lima (1570-1613)”, en *El matrimonio en Europa y el mundo hispánico: Siglos XVI y XVII*, coord.. Jesús María Usunáriz Garayoa, Ignacio Arellano Ayuso (Madrid: Visor, 2005), 251, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1704740>

¹⁷⁹ Cf.: Palafox y Mendoza, *Manual para la precisa, pronta y fácil administración de los Santos Sacramentos*, 103-109.

referirse al matrimonio, los cónyuges señalaban que estaban casados y velados según orden de la Santa Madre Iglesia.

Cuando se trataba de segundas nupcias de una mujer, por considerar que ya estaba bendecida, se omitía el rito de las arras y los anillos. Tampoco se decía la misa de bodas sino del día correspondiente, que se oficiaba por los esposos y estos la seguían apartados del altar¹⁸⁰.

Las Constituciones del Obispado de Venezuela contemplan las bendiciones nupciales en el Libro Tercero, Título VIII, Parágrafo VI, Constituciones 208 a 217. Comienzan remarcando la bondad espiritual de las velaciones y exhortando a los cónyuges a no permanecer omisos en recibirlas, ni a menospreciarlas, advirtiéndoles que de hacerlo pecarán mortalmente. Al parecer, el Obispo estaba consciente de que algunos cónyuges, celebrado el matrimonio, no cumplían con las velaciones, razón por la cual manda y amonesta a todos los fieles de su obispado para que se bendigan en el término máximo de un mes contado desde la fecha de celebración del matrimonio¹⁸¹.

Las bendiciones nupciales no se conferían todos los días del año. Se suspendían desde el comienzo de Adviento hasta la Epifanía y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de Pascua¹⁸². Esto también era aplicable a los matrimonios solemnes, pero si eran simples podían celebrarse durante todo el año. La razón estaba en que esas épocas eran reservadas por la iglesia a la penitencia y la oración¹⁸³. Es por esto que las Constituciones Sinodales preceptuaban, que si el matrimonio se celebraba en tiempo vedado para las velaciones, el término de un mes para recibirlas se contaba a partir de su reapertura¹⁸⁴. En todos los casos de incumplimiento dentro del término señalado, la pena era de excomunión *latae sententiae*¹⁸⁵.

Es importante precisar, que en el caso de los indios, las Constituciones disponían que las velaciones podían realizarse en cualquier época del año, en atención del privilegio recibido del papa Pablo V a instancias del rey. Sin em-

¹⁸⁰ Cf.: Palafox y Mendoza, *Manual para la precisa, pronta y fácil administración de los Santos Sacramentos*, 109-110. Latasa, "Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)", 33.

¹⁸¹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constituciones N° 208 y 209, 277-278.

¹⁸² Cf.: Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. "velación".

¹⁸³ Cf.: Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Decreto de Reforma del Matrimonio, Cap. X. Palafox y Mendoza, *Manual para la precisa, pronta y fácil administración de los Santos Sacramentos*, 103. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. "velación".

¹⁸⁴ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 208 y 209, 277-278.

¹⁸⁵ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución N° 209, 278.

bargo, advertían que no se hiciera “aparato de Boda pública”, cuando las recibieran en tiempos que para el resto de los feligreses estaban cerradas. La intención de la norma era evitar las fiestas en una época que la iglesia dedica a la penitencia y la oración, como quedó expresado¹⁸⁶.

La bendición nupcial la daba el párroco propio de los contrayentes. No podía ser otro sacerdote al menos que contara con licencia expresa del párroco o del obispo¹⁸⁷. En consecuencia, el principio general era que ningún cura podía velar a quienes no fueran sus feligreses y las Constituciones establecían que el incumplimiento de esta medida acarrearía suspensión del cura incumplidor que se mantendría hasta su absolución por el Obispo, además de una multa de cuatro pesos¹⁸⁸. Sin embargo, podía ocurrir que, celebrado el matrimonio, los cónyuges cambiaran de domicilio sin haber cumplido con las velaciones. En este caso, el cura del nuevo lugar estaba facultado para impartirlas, porque de hecho se trataba de su nuevo párroco, pero las Constituciones le obligaban a solicitar certificación de los desposorios al cura del lugar de procedencia. Situación distinta era cuando se tratara de viandantes, que no llegaban al nuevo lugar con ánimo de permanencia, supuesto en el cual el cura debía requerir licencia del Obispo o de su provisor antes de proceder a la bendición nupcial¹⁸⁹.

Un punto de gran interés por las confusiones que se presentaban para la época, lo aclara Diego de Baños y Sotomayor en la Constitución 213:

Y por cuanto los que han contraído ya Matrimonio, aunque no estén velados, están legítimamente casados: Mandamos a nuestros curas, que no les embarquen, ni les notifiquen, que no cohabiten, ni consumen el Matrimonio, antes de velarse; porque no hay prohibición para ello¹⁹⁰.

El Concilio de Trento en el Decreto de Reforma sobre el Matrimonio, exhortaba a los desposados a no habitar “en una misma casa antes de recibir en la iglesia la bendición sacerdotal”¹⁹¹, lo cual fue asumido por en algunos concilios y sínodos como una obligación.

Las Constituciones Sinodales del Obispado de Mondoñedo en España de 1618, sobre el punto comentado señalan:

¹⁸⁶ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución, N° 210, 278.

¹⁸⁷ Baños, *Constituciones Sinodales*, Constitución N° 214, 279. Carbonero y Sol, *Tratado Técnico-Práctico del Matrimonio*, 268-269.

¹⁸⁸ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 214, 279.

¹⁸⁹ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 211 y 212, 278.

¹⁹⁰ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución 213, 278-279.

¹⁹¹ Cf.: Concilio de Trento, *El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV)*, Decreto de Reforma del Matrimonio.

Y porque muchos por no darse mucho por las bendiciones de la Iglesia, muestran que el fin que tuvieron para casarse no fue muy espiritual. Mandamos, que pasados dos meses de como se desposaren (...) están obligados a velarse; so pena que pasado este término, y habiéndoles el Cura amonestado que lo hagan, y no cumpliéndolo dentro de los tres días después de la dicha monición, incurran en pena de mil maravedís, para la fábrica de la iglesia. Y el cura esté obligado so la misma pena a les advertir y amonestar esto; y durante el dicho término que interpusieran antes de las velaciones, no se comuniquen ni cohabiten los desposados, comiendo y durmiendo en una misma casa, so pena de excomunión, y de quinientos maravedís para la misma fábrica¹⁹².

Todavía en la segunda edición del “Manual de párrocos, para administrar los santos sacramentos, y ejecutar las demás sagradas funciones de su ministerio” del padre Miguel Venegas (1811), sobre este aspecto se leía lo siguiente:

Amoneste el párroco a los casados, que no vivan en una misma casa, ni consumen el matrimonio, ni estén juntos a solas sino en presencia de algunos allegados, u otras personas, antes de recibir en la Iglesia la bendición Sacerdotal; la cual ningún otro que el párroco puede darla, sino fuere otro Sacerdote con licencia del mismo párroco o del Ordinario¹⁹³.

La intención de la exhortación tridentina era que los desposados, ya haciendo uso del matrimonio, dejaran pasar el tiempo sin cumplir con las velaciones o nunca se velaran, pero no estableció una prohibición, como sí lo hicieron algunos sínodos americanos y europeos. Para evitar estos inconvenientes, algunas normas sinodales recomendaban hacer los desposorios y las velaciones el mismo día, siempre que esto fuera posible. Alegaban como beneficio adicional la conveniencia de evitar el doble gasto de dinero, sobre todo cuando se trataba de familias modestas¹⁹⁴.

Todo lo expresado demuestra que las velaciones no constituían un requisito indispensable para la validez del contrato nupcial, y como bien señalan las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela, no se podía impedir a los cónyuges hacer uso del matrimonio una vez celebrados los desposorios.

¹⁹² Pedro Fernández Zorrilla, Obispo, *Constituciones Sinodales del Obispado de Mondoñedo 1617*, (Madrid: Juan Sánchez, 1618), 190-191, <http://hdl.handle.net/10347/8344>. Cf.: Palafox y Mendoza, *Manual para la precisa, pronta y fácil administración de los Santos Sacramentos*, 98.

¹⁹³ Cf.: Miguel Venegas, *Manual de párrocos, para administrar los santos sacramentos, y ejecutar las demás sagradas funciones de su ministerio*, (México: en la imprenta de Doña María Fernández de Jáuregui, 1811), 404.

¹⁹⁴ Cf.: Lobo Guerrero, Arzobispo. *Constituciones Sinodales...*, 80. Latasa, “Signos y palabras: la celebración del matrimonio tridentino en Lima y Charcas (s. XVI-XVIII)”, 29.

Finalmente, en el mismo párrafo relativo a las bendiciones nupciales, las sinodales abordaban el registro matrimonial.

La elaboración de libros de matrimonios se introdujo en América por influencia del Concilio Provincial de Sevilla de 1512, pero el deber de llevarlos, quedó consagrado para toda la iglesia por el Concilio de Trento, que les atribuyó a los párrocos funciones de notario público¹⁹⁵.

Las Constituciones Sinodales del Obispado de Venezuela siguiendo las normas tridentinas, fijaron la obligación para los párrocos de llevar un registro individual de las personas que contraían matrimonio en su feligresía. La información que debían recabar en la partida correspondiente era bastante detallada:

1. Tenían que dejar constancia de haber leído las amonestaciones sin que resultara impedimento o señalar si había procedido dispensa.

2. Si hubo dispensa de parentesco, indicar en cual grado y el nombre del prelado que la concedió.

3. Debían mencionar los nombres, la naturaleza y la vecindad de los contrayentes y de sus padres, destacando si eran libres o esclavos, y siendo este último el caso, anotar el nombre del amo.

4. Estaban obligados a agregar los nombres de los testigos y, por supuesto, el día, mes y año de celebración del matrimonio.

5. Debía certificar el acta con su nombre.

6. La misma información debía recogerse en las partidas de velaciones¹⁹⁶.

Aunque las Constituciones no lo señalaban, se le exigía al cura escribir el acta el mismo día de la celebración del matrimonio o de la velación, "... sin fiarla de su memoria, ni diferirlo a otro tiempo por los inconvenientes que ha habido de lo contrario"¹⁹⁷.

Si el cura que asistía al matrimonio o impartía las bendiciones nupciales lo hacía mediante licencia, debía asentar la partida correspondiente en su libro y remitir certificación al párroco de los contrayentes para que hiciera lo propio. Las Constituciones Sinodales advertían que todo cura que incumpliera con esta obligación, sería objeto de cargo de visita, aplicándosele el castigo correspondiente¹⁹⁸. Esto último significaba, que si en la visita pastoral a una parroquia, se

¹⁹⁵ Cf.: Latasa, "Matrimonios Clandestinos y Matrimonios Secretos", 17.

¹⁹⁶ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 216, 279

¹⁹⁷ Lobo Guerrero, Arzobispo. *Constituciones Sinodales...*, 79.

¹⁹⁸ Baños, *Constituciones Sinodales...*, Constitución N° 217, 279-280

encontraba que los registros no eran llevados como se ordenaba, los responsables podían ser sancionados.

Las propias Constituciones Sinodales en el Libro Segundo, Título XVI, se ocupan del oficio de visitador. Realizar la visita pastoral del obispado era una función propia del obispo, sin embargo, cuando mediaban justas causas, era plausible delegarla en un visitador, que “ha de ser Persona, en quien concurren las cualidades de Virtud, Ciencia, y Experiencia”¹⁹⁹. En varias Constituciones se detalla todo lo que el visitador debía examinar en cumplimiento de su oficio. En una de ellas, la 285, en la parte in fine se señala que sobre todo debe revisar los libros de constituciones, bautismos, confirmaciones, matrimonios, y entierros²⁰⁰, lo cual pone de relieve la importancia que se le daba a la función registral.

XII. La pragmática sanción de 1776

Como hemos sostenido a lo largo de este ensayo, la autoridad y jurisdicción en materia matrimonial estaba atribuida a la iglesia. Sin embargo, a partir del siglo XVIII, la corona comenzará a inmiscuirse en los asuntos matrimoniales, primero con decisiones que complementaban o reforzaban las normas canónicas y, posteriormente, con medidas que le restaban facultades a las autoridades religiosas y a los jueces eclesiásticos.

Una de esas primeras decisiones, que marca el inicio de una nueva época, fue la Pragmática Sanción emitida por el rey Carlos III el 23 de marzo de 1776 y publicada en América el 7 de abril de 1778. Las razones que llevaron a su promulgación no son del todo claras. Para algunos, buscaba excluir de la sucesión a la corona al infante Don Luis, por incurrir en matrimonio no consentido²⁰¹.

En la real cédula se destaca lo fundamental que resultaba para el Estado regular los matrimonios desiguales, en especial los contraídos por los “hijos de familia” sin el consentimiento de sus padres²⁰². Debe tenerse en cuenta que en

¹⁹⁹ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución 277, 180.

²⁰⁰ Baños, *Constituciones Synodales...*, Constitución 285, 183.

²⁰¹ Cf.: Carlos III. *Pragmática-Sanción a consulta del Consejo, en que S. M. establece lo conveniente para que los hijos de familias, con arreglo a las leyes del Reyno, pidan el consejo y consentimiento paterno antes de celebrar esponsales, haciendo lo mismo, en defecto de padres, á las madres, abuelos, ó deudos mas cercanos, y á falta de ellos hábiles á los tutores y curadores, baxo de las declaraciones y penas que expresa* (Madrid: Oficina de Don Antonio Sanz, Impresor del Rey nuestro Señor, de su Real Consejo, y de el de las Ordenes, 1776), 1-9, https://ca.wikipedia.org/wiki/Fitxer:Pragm%C3%A1tica_Sanci%C3%B3n_a_consulta_del_Consejo_en_que_S._M._establece_lo_conviente_para_que_los_hijos_de_familias,1776.pdf.

Cfr.: Federico de Castro y Bravo, “El matrimonio de los hijos (Con motivo del Concordato con la Santa Sede)”, en *Anuario de derecho civil*, Vol. 7, N° 1 (1954): 43-44. <https://dialnet.unirioja.es/revista/105/A/1954>

²⁰² Cf.: Carlos III, Pragmática-Sanción de 1776, 1-9.

el lenguaje de la época, la expresión “hijos de familia” definía a las jóvenes de ambos sexos, pertenecientes a familias de renombre, por lo general adineradas.

Documentos de los siglos XVII y XVIII ponen de relieve, que la mayoría de las solicitudes de dispensa absoluta de las amonestaciones procedía de parejas cuyas familias se oponían al matrimonio. Esta oposición, en muchos casos, nacía de la desigualdad social de los contrayentes. Solían ser las mujeres quienes por lo general pertenecían a un nivel social inferior y el joven, guiado por los sentimientos, dejaba a un lado esas diferencias y buscaba el apoyo de la iglesia para poderse casar. Los obispos y jueces eclesiásticos solían declarar procedentes estas solicitudes, verificándose el matrimonio en secreto²⁰³. Esta circunstancia, dejaba impotente el poder de los padres, ya que consumado el matrimonio éste se hacía indisoluble.

Contra esa realidad reacciona la corona a través de la pragmática de 1776 en cuyo texto se expresa:

...habiendo llegado a ser tan frecuente el abuso de contraer matrimonios desiguales los hijos de familias, sin esperar el consejo y consentimiento paterno, o de aquellos deudos o personas que se hallen en lugar de padres, de que, con otros gravísimos daños y ofensas a Dios, resultan la turbación del buen orden del Estado, y continuadas discordias, y perjuicios de las familias, contra la intención y piadoso espíritu de la Iglesia, que aunque no anula, ni dirime semejantes matrimonios, siempre los ha detestado y prohibido, como opuestos al honor, respeto y obediencia que deben los hijos prestar a sus padres en materia de tanta gravedad e importancia²⁰⁴.

Ya en el siglo XVI, algunos teólogos consideraban como atentatorio del honor familiar, que los hijos contrajeran matrimonio en contra de la voluntad de los padres, llegando a afirmar que cometían pecado mortal quienes procedían de esa manera²⁰⁵.

El tema fue objeto de un profundo debate en el Concilio de Trento. Los embajadores franceses defendían la aprobación paterna como requisito y sustentaban su posición en un edicto del rey Enrique II de 1556. En dicho documento, después de lamentar que los hijos de familia por una “voluntad carnal, indiscreta y desordenada” contrajeran matrimonio sin consideración del temor de Dios, del honor, respeto y obediencia debida a los padres, el rey se establecía la obligatoriedad del consentimiento paterno para los hijos menores de treinta años e

²⁰³ Cf.: Latasa, “Publicidad y libertad en el matrimonio”, 58-62.

²⁰⁴ Carlos III, Pragmática-Sanción de 1776, 1-9.

²⁰⁵ Cf.: Hipp Troncoso, “Orígenes del matrimonio y de la familia modernos”, 64.

hijas menores de veinticinco que pretendieran contraer nupcias, so pena de quedar excluidos de los derechos sucesorios y revocadas todas las donaciones que hubieren recibido de sus padres²⁰⁶. Sin embargo, al final, los padres conciliares reunidos en Trento, se decantaron por la postura que consideraba que la autoridad paterna no debía intervenir en los asuntos espirituales²⁰⁷, razón por la cual los matrimonios celebrados sin el consentimiento paterno fueron declarados válidos, no sin aclarar que “la Iglesia de Dios no obstante los ha detestado y prohibido en todos tiempos con justísimos motivos”. Con estas expresiones, incluidas en el Decreto de Reforma sobre el Matrimonio, y que a simple vista parecen contradictorias, el concilio quería mandar el mensaje de que no los estimulaba, pero era una alternativa que no se podía descartar del todo y que resultaba precedente bajo ciertas condiciones²⁰⁸.

La Pragmática Sanción de 1776 reforzaba la autoridad de los padres en materia matrimonial, prescribiendo la obligación para los hijos de pedir el consentimiento o el consejo de los padres para la celebración de los esponsales, estableciéndolo en lo sucesivo como un requisito jurídico indispensable para su validez²⁰⁹. En la práctica, tanto en España, como en sus colonias americanas, la autoridad de los padres no había mermado, a pesar de la defensa de la libertad matrimonial plasmada en las normas tridentinas y en los concilios y sínodos que le siguieron. Sin embargo, había parejas, que obteniendo dispensa de las proclamas, contraían nupcias en secreto, después de haber celebrado esponsales de la misma manera²¹⁰.

Con la Pragmática y el requisito de la autorización o consejo previo de los padres, se le restaba competencia a la iglesia en estos asuntos, toda vez que ahora eran las familias, en privado, las que decidían acerca de las cuestiones prenupciales relativas a los hijos, entre ellas los esponsales, asunto que era de la mayor importancia en las familias de elevado estatus social²¹¹.

Desde el Concilio de Trento los matrimonios contraídos sin el permiso de los padres eran válidos, aunque repudiados por la iglesia, pero de acuerdo con la Pragmática, esto había resultado insuficiente por no haberse previsto penas civiles para los contraventores. Frente a este problema de Estado, porque así es definido por el rey, la corona se atribuye como inherente a su autoridad, dictar

²⁰⁶ Cf.: Pothier, *Tratado del Contrato de Matrimonio*, 140.

²⁰⁷ Cf.: Vargas-Pacheco, “Los esponsales en el derecho indiano”, 121.

²⁰⁸ Cf.: Concilio de Trento, El Sacramento del Matrimonio (Sesión XXIV), Decreto de Reforma sobre el Matrimonio.

²⁰⁹ Cf.: Castro y Bravo, “El matrimonio de los hijos”, 45.

²¹⁰ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²¹¹ Cf.: Hipp Troncoso, “Orígenes del matrimonio y de la familia modernos”, 67.

las providencias pertinentes y las penas que permitan refrenar esos matrimonios desiguales, que en sus palabras atentaban contra la familia y su patrimonio, soporte de la sociedad española²¹².

A pesar de la vigencia del patronato, el rey dice no querer invadir realidades netamente eclesiásticas, razón por la cual apunta a deslindar el ámbito de su actuación en ese sentido:

...he mandado examinar esta materia con la reflexión y madurez que exige su importancia, en una Junta de Ministros, con particular encargo, de que dejando ilesa la autoridad eclesiástica, y disposiciones canónicas en cuanto al Sacramento del Matrimonio para su valor, subsistencia y efectos espirituales, me propusiese el remedio más conveniente, justo y conforme a mi autoridad Real en orden al contrato civil y efectos temporales, que evite las desgraciadas consecuencias que resultan de estos abusos, y de la inobservancia de las leyes establecidas para contenerlos...²¹³.

Hábilmente, la corona sacaba ventajas de la definición eclesiástica del matrimonio como sacramento y como contrato. El rey en nada tocaba el carácter sacramental del matrimonio, pero se arrogaba competencia para regular el aspecto contractual.

Señala el rey, que recibida la propuesta de la junta de ministros, la remitió al Consejo en pleno el 12 de febrero de 1776, que estudiado el asunto, le elevó una propuesta final en fecha 29 de febrero, que encontrándola conforme, acordó publicarla mediante una “Pragmática-Sanción con fuerza de ley, de manera que tuviera el mismo vigor que si fuese promulgada en Cortes”²¹⁴.

En síntesis, la pragmática establecía lo siguiente:

1. Los hijos de familia, menores de veinticinco años, para celebrar esponsales estaban obligados a solicitar y obtener el consejo y consentimiento de su padre y en su defecto de su madre²¹⁵.

2. A falta de ambos padres, de los abuelos por ambas líneas y, no teniéndolos, de los dos parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad y no sean interesados o aspirantes a ese matrimonio²¹⁶.

²¹² Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²¹³ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²¹⁴ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²¹⁵ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²¹⁶ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

3. No habiendo parientes capaces, el consentimiento debía ser dado por los tutores o curadores, con aprobación del juez real²¹⁷.

4. Esta obligación comprendía a todos, desde las más altas clases del Estado hasta las más comunes del pueblo, en el entendido de que en todos los niveles debía prevalecer la indispensable y natural obligación de respeto a los padres o mayores²¹⁸. Sin embargo, vale aclarar, que la verdadera preocupación del monarca era la ocurrencia de estos matrimonios desiguales en las familias aristocráticas.

5. Los que contrajeran esponsales sin cumplir con lo preceptuado y los descendientes de esos matrimonios, quedaban inhabilitados y privados de todos los efectos civiles “como son el derecho a pedir dote o legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres o abuelos, a cuyo respeto y obediencia faltaron”²¹⁹.

6. Quedaban igualmente inhabilitados para demandar en juicio la nulidad del testamento de sus padres o ascendientes, quienes podían disponer de sus bienes a voluntad, sin más obligación que los precisos y correspondientes alimentos²²⁰.

7. En el caso de los mayores de veinticinco años, estaban en la obligación de pedir el consejo paterno antes de comprometerse en matrimonio, “que en aquella edad ya no admite dilación”. Como observamos, para los mayores de veinticinco años no se imponía el consentimiento paterno, bastaba el consejo. Sin embargo, el incumplimiento de esta previsión, acarrearía las mismas penas establecidas para los menores de veinticinco años²²¹.

El rey reconoce que la intención de estas medidas era conservar la debida autoridad de los padres de familia en la intervención y consentimiento de los matrimonios de sus hijos. Sin embargo, llama la atención sobre el abuso y exceso en que podían incurrir los padres de familia y parientes, en perjuicio “...del arbitrio y libertad que tienen los hijos para la elección del estado, a que su vocación los llama...”. Sabe que, en los matrimonios, muchas veces los padres obligaban a los hijos a casarse con determinadas personas sin tomar en cuenta su parecer

²¹⁷ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²¹⁸ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²¹⁹ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²²⁰ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²²¹ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

o impedirían que los hijos se casaran, destinándolos a otro estado contra su voluntad o se resistían a consentir matrimonios justos y honestos, “...queriéndolos casar violentamente con persona a que tienen repugnancia...”²²².

Por todo lo dicho, manda que los padres, abuelos, deudos, tutores y curadores en su caso, presten su consentimiento, si no tuvieran justa o racional causa para negarlo, como podría ocurrir cuando se tratara de un matrimonio que ofendiera gravemente el honor de la familia o perjudicara al Estado. Para salvaguardar los derechos de los hijos ante una negativa injustificada, previó tanto para los menores de edad, como para los mayores de veinticinco años, un recurso sumario ante la justicia ordinaria, que debía admitirse libremente y resolverse en el término preciso de ocho días. Contra esa decisión se otorgaba alzada ante el Consejo, la Cancillería o la Audiencia del territorio respectivo, acción que debía ser resuelta en el tiempo perentorio de treinta días. Esta decisión ponía fin al proceso y contra ella no procedía acción alguna, para así evitar un sinnúmero de incidencias que sólo servirían para dilatar los matrimonios racionales y justos. Finalizado el juicio, el tribunal sólo podía dar certificación del auto favorable o adverso, pero en ningún caso de las objeciones y excepciones propuestas por las partes, para evitar difamaciones de personas o familias²²³.

Reconociendo que las penas civiles podían resultar insuficientes para poner fin a estos matrimonios celebrados “sin noticia, o con positiva y justa repugnancia, o racional disenso de los padres”, el rey exige a los obispos que le den fiel cumplimiento a la bula de Benedicto XIV *Satis Vobis Copertum* de fecha 17 de noviembre de 1741. En esta bula, que comentamos en su momento, el papa exhortaba a no celebrar matrimonios de “hijos de familia”, cuando mediara justa oposición de los padres, pero sin prohibirlos²²⁴.

Finalmente, el monarca intima a los responsables a poner el mayor cuidado y vigilancia en la admisión de los esponsales y en la lectura de las amonestaciones, en concordancia con lo preceptuado en las normas tridentinas²²⁵.

Con la Pragmática Sanción de 1776, se inicia un proceso a través del cual se le irán restando facultades y autoridad a la iglesia en los asuntos matrimoniales. En muchos territorios americanos, ya independizados de España, eso proceso culminará con la instauración del matrimonio civil obligatorio, realidad que se concretó en la mayoría de los casos en la segunda mitad del siglo XIX.

²²² Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²²³ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²²⁴ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

²²⁵ Cf.: Carlos III, *Pragmática-Sanción de 1776...*, 1-9.

XIII. Conclusiones

Las Sinodales del Obispado de Venezuela y Santiago de León de Caracas de 1687, publicadas bajo el obispado del Diego de Baños y Sotomayor, sin duda constituyen un documento fundamental para la historia venezolana. A través del estudio de sus normas sobre el matrimonio, en este caso, nos pusimos en contacto con el derecho canónico regulatorio de esta institución y vigente para esa época. Abordamos tópicos como los esponsales, las amonestaciones, los desposorios y las velaciones. Además, dichas normas nos revelaron los problemas y desviaciones que se presentaban en materia matrimonial para esos años y que se querían evitar a través de una regulación precisa, en especial los matrimonios clandestinos y después del Concilio de Trento los matrimonios secretos o por sorpresa. Esperamos que esta aproximación despierte el interés por conocer y desentrañar los distintos tópicos contenidos en las Constituciones, a través de las cuales se puede alcanzar una visión más clara de la realidad menuda de esos tiempos.

El papel del abogado en la gerencia del conflicto

Andrea Cruz Suárez*

pp. 115-130

Recibido: 22 oct 2021

Aceptado: 26 dic 2021

Sumario

I. Introducción | II. El conflicto | 1. Definición y análisis del conflicto | III. Gerencia del conflicto | 1. Definición de gerencia del conflicto | 2. Negociación como base de la gerencia del conflicto | 3. Métodos incluidos en la gerencia del conflicto. Mediación o conciliación y arbitraje | 4. Papel del abogado en la gerencia del conflicto | IV. Gerencia del conflicto en la industria de los seguros y reaseguros de aviación | V. Conclusiones

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela en el año 2013 con mención *Magna Cum Laude*. Actualmente cursa el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje impartido por la Universidad Monteávila y es candidata al Advanced LL.M. in Air & Space Law impartido por la Universidad de Leiden. Es Socia Departamental en Torres, Plaz & Araujo (Caracas, Venezuela), profesora de pregrado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Monteávila y profesora en el Diplomado en Derecho Aeronáutico impartido por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Universidad Monteávila. Es miembro del Comité de Aviación y del Comité de Arbitraje de la International Bar Association (IBA), de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) y de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA)

El papel del abogado en la gerencia del conflicto

Resumen: El conflicto es un fenómeno social y cotidiano, por lo cual, su tratamiento exige, cada vez más, el perfeccionamiento de técnicas desarrolladas para su mejor manejo. Surge así la gerencia del conflicto, entendida como el adecuado análisis llevado a cabo, frente a un conflicto, a los fines de determinar cuál es el mejor método -en términos de tiempo, dinero, intereses y expectativas de las partes- para resolver definitivamente el mismo. Tal análisis permitirá decidir oportunamente si un conflicto debe ser resuelto mediante negociación, mediación/conciliación o mediante un juicio o arbitraje. El papel del abogado en la gerencia del conflicto resulta, pues, vital a los efectos de una terminación que resulte verdaderamente efectiva y eficiente para el cliente. Un ejemplo de la relevancia del abogado a tales fines se materializa en el área de los seguros y reaseguros aeronáuticos, donde las características de los siniestros y reclamos manejados traen a colación elementos que necesariamente deben ser analizados por cualquier abogado que maneje conflictos en el área, siguiendo una adecuada técnica para la gerencia de los mismos.

Palabras Claves: Conflicto | Mediación | Arbitraje | Siniestros | Seguro | Reaseguro | Aviación.

The role of the lawyer in the conflict management

Abstract: Conflict is an everyday social phenomenon and, therefore, its treatment requires, every day, the improvement of techniques developed for its better management. Thus arises the conflict management, understood as the adequate analysis carried out, in the face of a conflict, to determine which is the best method -in terms of time, money, interests and expectations of the parties- to definitively solve the same. Such analysis will make it possible to decide -in a timely manner- whether a conflict should be resolved through negotiation, mediation / conciliation or through court or arbitration proceedings. The role of the lawyer role in the conflict management is then vital for the purpose of a termination that is truly effective and efficient for the client. An example of the relevance of the lawyer in this regard is shown in the area of aviation insurance and reinsurance, where the characteristics of losses and claims bring up elements that to need be analyzed by any lawyer who handles conflicts in the area, following an adequate conflict management technique.

Key Words: Conflict | Mediation | Arbitration | Loss | Insurance | Reinsurance | Aviation.

I. Introducción

El conflicto como concepto social supone su ocurrencia como un fenómeno natural dentro de cualquier grupo social, impulsando incluso reformas positivas para dicho grupo. Esta definición permite desligar el conflicto de la definición meramente negativa con la que en ocasiones se le asocia, para comprender que se trata de un hecho multifactorial y, sin duda, cotidiano dentro de la vida en sociedad. Es precisamente por tal cotidianidad que se ha hecho necesario estudiar las formas de manejar el conflicto de una manera eficiente y eficaz, creando para este fin la llamada gerencia del conflicto.

En el presente trabajo estudiaremos, en primer lugar, la definición del conflicto y algunas tácticas planteadas para su correcto e integral análisis. Seguidamente, será objeto de análisis la figura de la gerencia del conflicto, así como los diferentes métodos disponibles para manejar cualquier conflicto. Dentro de este punto, repasaremos algunas consideraciones relativas a la negociación como punto medular de la gerencia del conflicto, así como a las ya conocidas figuras del arbitraje y de la mediación o conciliación -tratadas indistintamente en este trabajo como sinónimos, a pesar de las discusiones doctrinarias planteadas al respecto.

Resultará relevante, también, explorar el papel del abogado dentro de la gerencia del conflicto y cómo una adecuada preparación y análisis del caso del que se trate podrá resultar en una resolución del conflicto que no sólo será beneficiosa para el cliente, sino que, además, implicará la terminación total y definitiva del conflicto tratado.

Finalmente, explicaremos, a manera de ejemplo, cómo una adecuada gerencia del conflicto puede resultar de gran importancia en el manejo eficaz y eficiente de reclamos presentados por siniestros amparados por pólizas de seguro y reaseguro aeronáutico. A tal fin, será necesario hacer algunas consideraciones sobre las particularidades de la industria, para así entender el contexto adecuadamente, a los fines de plantear soluciones viables a los conflictos planteados en el área.

II. El conflicto

1. Definición y análisis del conflicto

Entender la definición de conflicto, cómo éste surge y se desarrolla y de qué depende, es el paso inicial y esencial para entender la denominada gerencia de conflictos¹.

En el ámbito jurídico se ha entendido el conflicto, en principio, como la “oposición de intereses en que las partes no ceden”² o como “el choque o colisión de derechos o pretensiones”³. Lenz define el conflicto como “(...) una interacción entre actores (individuos, grupos, organizaciones, etc.), donde al menos un actor experimenta una incompatibilidad en su forma de pensar/percibir/conocer y/o sus sentimientos y/o sus deseos con los de otro actor o actores y se siente agraviado”⁴.

Entendemos entonces que el conflicto se identifica por (i) la existencia de dos o más partes que interactúan entre sí por algún motivo; (ii) la contraposición de posiciones, valores o intereses entre dichas partes; y (iii) la existencia de una percepción de agravio, al menos de una de las partes, en virtud de dicha contraposición.

En todo caso, las concepciones indicadas han ido ampliándose para entender también que el conflicto constituye, más que un hecho limitado a la esfera personal de los involucrados, un verdadero hecho social, es decir, un fenómeno natural en cualquier sociedad que no necesariamente resulta negativo, sino que, por el contrario, podría impulsar incluso la transformación de la sociedad de que se trate⁵. Sobre este particular, señala Germán Silva que:

El conflicto es una consecuencia de un determinado estado de cosas. ¿De cuál estado? De una situación de divergencia social, es decir, de una relación contradictoria (disputa) que sostienen personas o grupos sociales separados al poseer intereses y/o valores diferentes⁶.

¹ Cristina Lenz, “Conflict Management”, *Yearbook on International Arbitration* (2010): 294, https://heionline-org.ezproxy.leidenuniv.nl/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/ybinar1&id=295&men_tab=srchresults

² Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2013), 152.

³ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005), 83.

⁴ Lenz, “Conflict”, 295. Traducción libre.

⁵ Germán Silva, “La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario”, *Prolegómenos – Derechos y Valores* (2008): 29.

⁶ Silva, “La teoría”, 35-36.

De lo anterior surgen los primeros dos elementos a tomar en cuenta al analizar cualquier conflicto con miras a su tratamiento: los intereses y valores involucrados. Así, resulta conveniente tomar en cuenta los mencionados elementos materiales del conflicto, más que las posiciones de partes contrapuestas en el mismo, a los fines de una eficaz y favorable resolución del conflicto de que se trate.

Adicionalmente, los derechos reclamados por cada parte del conflicto también determinan un elemento de importante análisis al manejar el conflicto. Tales derechos pueden provenir de la propia ley, pero también de algún contrato celebrado entre las partes o incluso de otras fuentes como la costumbre⁷. Además, es importante identificar quiénes son las partes del conflicto, bien sea que se trate de un conflicto entre grupos o entre individuos o entre un grupo y un individuo, entre individuos de un grupo, entre otros.

Una vez entendido el contenido del conflicto, así como sus elementos de análisis, llega el momento de predecir, en cierto modo, el curso del conflicto planteado. Sobre el particular, Lenz explica que son cuatro los elementos que pueden determinar el curso de un conflicto, a saber, la disposición de las partes con respecto al conflicto, la estructura planteada con respecto a los objetivos propuestos por las partes y a los incentivos ideados para lograrlos, la presión social relacionada con el conflicto planteado y las normas y estándares que rijan el conflicto⁸.

Finalmente, es necesario identificar la etapa en la que se encuentra el conflicto o potencial conflicto cuando es estudiado, bien sea cuando (i) el ambiente es propicio para la existencia de un potencial conflicto pero el mismo aún no se ha materializado; (ii) el conflicto existe pero está latente; (iii) el conflicto existe y está activo, por lo cual puede activarse con motivo de cualquier incidente relacionado; y (iv) el conflicto teóricamente fue solucionado pero todavía existe un ambiente que propicia la existencia de un nuevo conflicto⁹.

A los efectos del presente trabajo nos enfocaremos en los conflictos explicados en el punto (iii), a saber, en aquellos conflictos que existen y están activos al momento de su análisis. Resaltaremos más adelante, sin embargo, cómo la elección del método correcto para el tratamiento de un conflicto, como parte de su gerencia, pudiese incidir en la creación de un escenario -no deseado- como el mencionado en el punto (iv), es decir, aquel en el que una inadecuada e

⁷ “Conflict Management”, Education & Training Unit (ETU) For Democracy & Development, consultada el 20 de julio de 2021, <https://www.etu.org.za/toolbox/docs/building/conflict.html>

⁸ Lenz, “Conflict”, 296.

⁹ “Conflict Management”.

inefectiva solución del conflicto conlleva a la creación de un potencial nuevo conflicto.

III. Gerencia del conflicto

1. Definición de gerencia del conflicto

Después de entender el concepto del conflicto y su alcance, así como su contenido, se hace necesario identificar las herramientas que permitirán manejar adecuadamente dicho conflicto. Surge de este modo la denominada gerencia de conflicto, que no es más que el análisis y la identificación del método más adecuado a ser utilizado con el fin de poner fin a un conflicto determinado.

La gerencia del conflicto parte entonces de un punto inicial conformado por el ya explicado análisis del conflicto y de sus particularidades, asumiendo entonces que son precisamente estas particularidades las que indicarán a quien gerencie el conflicto cuál es el camino más adecuado a seguir hasta la resolución del mismo. A pesar de las similitudes que pudiese existir entre algunos grupos de conflictos, lo cierto es que todas las controversias resultan ser únicas y particulares, como lo será entonces su forma de resolución.

2. Negociación como base de la gerencia del conflicto

La base de una gerencia de conflictos exitosa pasa por comprender el preponderante papel de la negociación en cualquiera de los métodos que se escoja para manejar el conflicto. Señala Malhotra que, incluso, la negociación y el litigio pueden -y deberían- ser seguidos simultáneamente¹⁰.

Citando a Mantel y Fischer, Lenz define la negociación como “la comunicación entre dos o más individuos, mediante la cual cada parte intenta obtener cierto resultado”¹¹. Por su parte, explica Silva que la negociación aparece, en general, como una de las formas de tratamiento del conflicto y que, en el curso de la misma, se verifican mutuas concesiones y se establecen pretensiones permitidas o medios tolerados por cada parte¹².

A los fines de lograr una negociación exitosa, resulta necesario delimitar, al menos, tres pasos a seguir durante la misma¹³:

- i. Identificación del conflicto e intercambio de información: Resulta necesario que durante esta fase el negociador identifique claramente las

¹⁰ Deepak Malhotra, “Negotiate or litigate?”, *The New Conflict Management. Effective Conflict Resolution Strategies to Avoid Litigation*. Harvard Law School (2012): 1.

¹¹ Lenz, “Conflict”, 298.

¹² Silva, “La teoría”, 40.

¹³ Lenz, “Conflict”, 298.

- posiciones ambiguas y los puntos controversiales presentados por las partes;
- ii. Análisis de alternativas y sus posibles consecuencias: Es importante identificar la mayor cantidad de alternativas posibles; y
 - iii. Redacción concisa de la mejor solución propuesta: Cada parte escoge una alternativa y luego dichas alternativas son mezcladas para obtener el mayor beneficio para ambas partes.

Por supuesto que el elemento esencial de cualquier negociación -y lo que, por ende, la diferencia de otros métodos de resolución de conflictos-, es la comunicación directa entre las partes enfrentadas en el conflicto, sin la intervención de un tercero que medie entre ellas o dicte una decisión vinculante para ambas. Esto pone de relieve el peso que las posiciones de poder de una parte frente a otra pueden tener al momento de llevar a cabo una negociación.

A los fines de un mejor manejo de la negociación, es necesario identificar la llamada Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado (MAAN), ya que partiendo de tal base será posible identificar qué tan conveniente o no puede resultar una negociación y, en todo caso, cuál es el estándar mínimo -o cuáles son los aspectos no negociables- para el cliente con respecto al conflicto, a los fines de llegar a un acuerdo con la otra parte involucrada en el conflicto. Señalan Krieger y Neumann que no sólo es importante conocer el MAAN de nuestro propio cliente sino también el de la contraparte¹⁴.

Por su parte, para elegir el enfoque adecuado para una negociación, Krieger y Neumann consideran importante tomar en cuenta (i) los aspectos integrativos y distributivos que pueden tomarse del conflicto; (ii) la importancia de la relación entre las partes, que subyace al conflicto; (iii) el impacto de los intereses psicológicos y reputacionales de las partes; (iv) fortalezas y debilidades del MAAN (bien sea basado en intereses o en derechos); e (v) importancia de un dictamen definitivo emitido por un tercero (juez o árbitro)¹⁵.

Con respecto al punto (i) mencionado previamente, cuando hablamos de negociación distributiva entendemos que los recursos son limitados, por lo cual las partes de la negociación deben hallar una forma de repartir esos recursos limitados y, finalmente, se basa en la idea de que alguna de las partes gana mientras que la otra parte pierde. Por el contrario, según la negociación integrativa se entiende que los recursos pueden expandirse para satisfacer a ambas partes, por lo cual los recursos no son limitados, se basa en la idea de

¹⁴ Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., *Essential Lawyering Skills* (Nueva York: Wolters Kluwer, 2015), 303.

¹⁵ Krieger y Neumann, *Essential*, 303-304.

ganar-ganar y se toman en cuenta necesidades e intereses específicos de las partes en lugar de su mera contraposición en la negociación¹⁶.

Parte de la importancia de la adecuada identificación del conflicto y de sus particularidades radica en que tales elementos permitirán elegir -e incluso modificar en el tiempo, según el cambio de estas mismas circunstancias- el estilo o estrategia de negociación más adecuado según las características del conflicto, de las partes y de la relación entre ambas. Coburn explica que dichas estrategias pueden ser (i) competitiva (competing); (ii) cesión (accomodating); (iii) evasión (avoiding); (iv) colaboración o cooperación (collaborating); y (v) transacción (compromising)¹⁷. Cada estilo de negociación puede traer como consecuencia excelentes resultados, siempre y cuando se utilice adecuadamente, repetimos, según las circunstancias del caso.

En todo caso, el objetivo final de una negociación es la terminación del conflicto, usualmente mediante la suscripción de un contrato -por ejemplo, una transacción- que será, a su vez, ejecutable ante las autoridades competentes en caso de incumplimiento.

3. Métodos incluidos en la gerencia del conflicto. Mediación o conciliación y arbitraje

Además de la negociación que, como ya indicamos, es la base que siempre puede -y debe- estar presente en cualquier método de resolución del conflicto, existen otras vías que puede elegir el gerente del conflicto para su solución. Estos métodos son la conciliación o mediación y el arbitraje.

La elección del mejor método para gerenciar el conflicto dependerá, por supuesto, del tipo de conflicto, las motivaciones de las partes y las ventajas, beneficios y riesgos que ofrezca cada método para el caso en particular, todo lo cual pasa por comprender el mismo desde su raíz, como fue indicado al comienzo de este trabajo.

A pesar de que no existe orden de prelación alguno entre los mismos, es usual que, en primer lugar, las partes de un conflicto usen la conciliación o mediación como primer paso siguiente ante la traba de las negociaciones llevadas

¹⁶ Program on Negotiation Staff, "Expanding the Pie: Integrative versus Distributive Bargaining Negotiation Strategies", *Daily Blog, Program on Negotiation, Harvard Law School*, 3 de mayo de 2021, <https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/negotiation-skills-expanding-the-pie-integrative-bargaining-versus-distributive-bargaining/>

¹⁷ Calum Coburn, "Negotiation Styles", *Harvard Medical School*: 2-4. https://hms.harvard.edu/sites/default/files/Departments/Ombuds%20Office/files/NegotiationStyles.Understanding%20the%20Five%20Negotiation%20Styles.by%20Calum%20Coburn_0.pdf

a cabo previamente entre las partes. Una de las grandes ventajas de la mediación resulta en facilitar la comunicación y, por ende, la reconciliación de las partes involucradas en la controversia.

La entrada de un mediador como un tercero independiente que toma un papel activo en los intercambios que mantienen las partes en conflicto permite que dicho tercero pueda oír a cada parte, no con el objetivo de solucionar el conflicto por sí mismo, sino sugerir a las partes potenciales soluciones que se ajusten, como vimos, a sus intereses, valores o derechos reclamados.

Un buen mediador, usualmente, garantiza el éxito de la mediación. Se ha reconocido entonces la existencia de una serie de características deseables que, en principio, debería reunir tal mediador, a saber, (i) experiencias previas exitosas en la materia de la mediación; (ii) la habilidad de ganar la confianza, aceptación y cooperación de las partes del conflicto; (iii) habilidad para identificar claramente los problemas relacionados con el conflicto y así ofrecer posibles soluciones prácticas a los mismos; (iv) conocimiento sobre la estructura, estrategias y actitudes de las partes involucradas en el conflicto; y (v) ser capaz de actuar con tacto y diplomacia pero, a su vez, con poder de persuasión y un carácter fuerte para que, progresivamente, las partes involucradas en el conflicto puedan acercarse hasta llegar a una solución sobre el mismo¹⁸.

Lo anterior también permite ver la mediación o conciliación como opciones que evitan la entrada directa en un litigio, bien sea en sede arbitral o en sede ordinaria. Señala Stipanowich que “la intervención de un mediador ofrece a las partes una excelente oportunidad de solventar sus diferencias en una base mutuamente aceptable y de gran parte de los costos, retrasos y práctica adversarial asociada con el arbitraje y con los juicios”¹⁹. Esto explica también por qué, en ocasiones, las partes deciden incluir cláusulas escalonadas de resolución de conflictos en sus contratos, mediante las cuales se prevé una fase previa -en ocasiones obligatoria y en otras potestativa de las partes- de negociación o mediación antes de entrar de lleno en la sede arbitral. Reforzando lo ya dicho, se permite que estas cláusulas incluso prevean la posibilidad de abrir nuevamente una fase de mediación durante la tramitación del arbitraje.

¹⁸ “Conflict Management”.

¹⁹ Thomas Stipanowich, “Contract and Conflict Management”, *Wisconsin Law Review* (2001): 848, https://heinonline-org.ezproxy.leidenuniv.nl/HOL/Page?collection=usjournals&handle=hein.journals/wlr2001&id=845&men_tab=srchresults

Ya en sede arbitral²⁰, las partes se encuentran ante un tercero que va a dirimir definitivamente su controversia, no simplemente haciendo sugerencias sobre posibles soluciones sino dictando un laudo entendido como una decisión definitivamente firme²¹ y, por ende, pasada en autoridad de cosa juzgada, vinculante para ambas partes. El árbitro se convierte en un verdadero decisor, que no busca ya -al menos en principio- el acercamiento de las partes para llegar a una negociación sobre el conflicto, sino meramente verificar las circunstancias de hecho²² que rodean el conflicto para así tomar una decisión al respecto, concediendo así, total o parcialmente, las pretensiones de una u otra parte.

En todo caso, el arbitraje implica un litigio y éste, a su vez, suele ser considerado como el último recurso a ejercer para solucionar un conflicto. Los costos, el tiempo de duración, la poca predictibilidad de su desenlace y el desgaste de ambas partes involucradas hace que el litigio sea una opción poco atractiva para resolver la mayor parte de los conflictos. Sin embargo, en ocasiones, puede resultar el mejor escenario posible para resolver el conflicto, en virtud de sus características.

4. Papel del abogado en la gerencia del conflicto

La gerencia del conflicto, al menos como ha sido planteada, implica que el abogado ha de cumplir con un papel determinante en su manejo. Tal afirmación trae a colación el necesario cambio de paradigma desde la percepción tradicional del abogado que simplemente conoce la norma y estrictamente aplica el Derecho a los fines de “resolver” una controversia, hacia el abogado que analiza el conflicto, como fue explicado previamente, a los fines de hallar formas de resolución del mismo, incluso más allá de la mera aplicación de la ley.

Así, señalan Krieger y Neumann que los abogados “de primera categoría” no son aquellos que, precisamente, “ejercen el Derecho”, sino los que, realmente, previenen la ocurrencia de un conflicto y, en todo caso, se dedican a solucionar el conflicto existente, entendiendo el Derecho como una herramienta que sirve para tal fin²³. Al analizar el conflicto, el abogado analiza los hechos, los posibles escenarios que pueden ocurrir con base en el conflicto y cómo estos

²⁰ Siendo este el objeto esencial del presente trabajo, nos limitaremos a estudiar el arbitraje como uno de los métodos de resolución de conflictos, dejando a salvo, por supuesto, que las partes pueden acceder a un litigio en jurisdicción ordinaria si es esa su voluntad.

²¹ Dejando a salvo los recursos que las partes puedan ejercer contra ese laudo.

²² Y de Derecho, si se trata de un arbitraje de Derecho.

²³ Krieger y Neumann, *Essential*, 49.

pudiesen afectar a su cliente, no sólo legalmente, sino también financieramente e, incluso, emocionalmente²⁴.

Como menciona Stipanowich, los abogados “no simplemente responden al conflicto; ellos tienen la oportunidad de limitar o manejar los problemas prospectivamente a través de la negociación”²⁵. De acuerdo con lo ya explicado, queda claro que cualquier abogado que se dedique a la gerencia de un conflicto debe considerar las características del mismo para encuadrarlas de la manera más efectiva posible con los métodos de resolución disponibles. Para lo anterior es necesario revisar cuidadosamente los elementos disponibles para así alcanzar una estrategia efectiva en cuanto a tiempo y recursos disponibles. Igualmente, como fue mencionado, el abogado debe considerar los intereses, valores y derechos en juego, a los fines de determinar las ventajas y desventajas de cada método planteado. Finalmente, el valor de la relación entre las partes del conflicto tiene un peso importante en la gerencia del conflicto.

En general, Rojas indica que el abogado tiene una participación importante en la solución de conflictos como un facilitador de acuerdos eficientes, entendido este como aquel que toma en cuenta el grado de aversión al riesgo por parte del cliente, los incentivos de cada parte, las valoraciones subjetivas sobre el conflicto, los costes de oportunidad, el tiempo en juego y el tipo de negocio relacionado con el conflicto²⁶.

Sobre lo anterior, Krieger y Neumann proponen un método de seis pasos que serviría a los abogados para diagnosticar, predecir y crear una estrategia acorde con las expectativas del cliente y con las potenciales soluciones al conflicto planteado. Tales pasos serían (i) el reconocimiento y definición del problema; (ii) la obtención y evaluación de la información disponible sobre el conflicto; (iii) la generación de opciones como hipótesis o potenciales soluciones al conflicto; (iv) la evaluación de las opciones planteadas según el punto anterior; (v) la decisión sobre la estrategia a seguir; y (vi) la acción, entendida bien sea como la presentación al cliente sobre el diagnóstico hecho sobre el conflicto o, directamente, la puesta en marcha de la estrategia planteada²⁷.

Sobre este punto es importante destacar también el papel decisivo y final que tendrá el cliente sobre la estrategia a seguir. El papel del abogado en este punto sería llevar al cliente al convencimiento sobre la estrategia planteada,

²⁴ Krieger y Neumann, *Essential*, 49.

²⁵ Stipanowich, “Contract”, 831-832.

²⁶ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos Praxeológicos del Derecho* (Buenos Aires: Unión Editorial Argentina, 2018), 249.

²⁷ Krieger y Neumann, *Essential*, 51.

explicando claramente sus riesgos y beneficios, así como el análisis hecho por el abogado para llegar a la conclusión planteada. Agregan Krieger y Neumann que el asesoramiento prestado por un abogado a un cliente consta, precisamente, de dos fases, a saber:

La primera, de preparación, que incluye la identificación de las metas del cliente y el desarrollo de dos o más potenciales soluciones alternativas que, en mayor o menor grado, pueden cumplir con tales metas (...). La segunda es una reunión con el cliente en la que el abogado explica las potenciales soluciones para que el cliente pueda elegir entre ellas²⁸.

Además de los elementos teóricos, ya explicados, lo cierto es que la utilización de un método u otro, como hemos insistido, dependerá de las circunstancias del caso en particular. Por ejemplo, puede presentarse un caso sencillo en el que las partes, sin la ayuda de un tercero, sean capaces de llegar a un acuerdo satisfactorio, mientras que en otro sea necesaria la intervención de un tercero con poder decisorio, no ya para acercar las posiciones de las partes con respecto al litigio, sino para finalizar con la controversia.

Al momento de elegir el método a utilizar como parte de la gerencia del conflicto, el abogado debe, además, evaluar todas las aristas de la controversia para así poner un punto final a todos los aspectos del conflicto. Es por lo anterior que, en ocasiones, a pesar de que las partes tengan voluntad de negociar un acuerdo sobre una controversia en particular, puede que sea necesario acudir a un tercero para poner fin a la totalidad de los puntos discutidos y no sólo a los puntos principales. Con este finiquito pretende evitarse uno de los escenarios explicados previamente en este trabajo, en los que el conflicto aparentemente finaliza pero, en realidad, deja latente un conflicto que pudiese volver a activarse por alguna circunstancia que se dispare en relación con el mismo.

También puede darse el caso en el que se requiera, simultáneamente, una estrategia que contenga un enfoque basado tanto en el poder como en los intereses, es decir, la persecución de una negociación al tiempo que, en paralelo, se desarrolla un litigio²⁹. En estos casos, Malhotra indica que, para lograr el éxito de esta estrategia, es necesario (i) mantener las líneas de comunicación abiertas entre ambas partes; (ii) solicitar la intervención de un tercero mediante una mediación en caso de que el avance de la negociación se dificulte; (iii) no perder de vista los intereses que subyacen al conflicto; y, precisamente, (iv) entender el papel y la perspectiva del abogado con respecto al conflicto³⁰.

²⁸ Krieger y Neumann, *Essential*, 223.

²⁹ Malhotra, "Negotiate", 1.

³⁰ Malhotra, "Negotiate", 1.

IV. Gerencia del conflicto en la industria de los seguros y reaseguros de aviación

Señala Stipanowich que ciertas industrias requieren, como parte de su política corporativa, una definición clara del abordaje que se le dará a los conflictos que se presenten. Tal abordaje predeterminado sirve también como una forma de lograr los objetivos corporativos propuestos por la industria de que se trate, entre los que destacan, el ahorro de tiempo y dinero, la adopción de las mejores técnicas para la resolución de conflictos según su naturaleza, asegurar el control para reducir riesgos, mantener las políticas de privacidad y confidencialidad y preservar las relaciones del negocio³¹. La industria del seguro y reaseguro aeronáutico tiene, precisamente, estas necesidades.

Caracterizadas, en primer lugar, por su alto grado de especialidad técnica, la industria del seguro y reaseguro aeronáutico se destaca también por la cantidad de actores involucrados, a saber, los corredores de seguro o reaseguro, la compañía de seguro, la compañía de reaseguro, los suscriptores (underwriters), ajustadores y el asegurado. Explica Bonnel, de igual manera, que el seguro aeronáutico es único precisamente por la especialización de todos los actores -ya mencionados- que participan en su funcionamiento³².

Scott y Trimarchi explican que “el seguro aeronáutico es un método de manejo de riesgos de suma importancia para todas las partes involucradas en el negocio de la aviación, dado que este negocio afronta una potencial exposición a riesgos extremadamente grandes”³³.

Así, vemos que el seguro y reaseguro aeronáutico son áreas económicas de importantes movimientos a nivel financiero y legal. La industria aseguradora y reaseguradora en materia de aviación se ha desarrollado vertiginosamente en los últimos años en virtud del rápido crecimiento de la aviación a nivel mundial³⁴. Sin embargo, los riesgos asegurados, a pesar de su baja siniestralidad³⁵, implican una alta onerosidad y un aumento de los reclamos

³¹ Stipanowich, “Contract”, 832.

³² Timothy K. Bonnell Jr., *Aircraft Insurance Fundamentals* (Monee: Timothy K. Bonnell Jr., 2020), 11.

³³ Benjamyn I. Scott y Andrea Trimarchi, *Fundamentals of International Aviation Law and Policy* (Nueva York: Routledge, 2020), 225.

³⁴ Antes de la pandemia del COVID-19.

³⁵ Ver informe sobre la “Situación de la seguridad de la aviación mundial” elaborado por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) en el año 2013, mediante el cual se reporta que para el año 2008 el índice mundial de accidentes aéreos apenas alcanzaba 4,8 accidentes por cada 100 millones de despegues. La OACI señala que para la elaboración de este índice se catalogan los accidentes utilizando la definición indicada en el Anexo 13 (Investigación de accidentes e incidentes de aviación) del Convenio de Chicago. https://www.icao.int/safety/State%20of%20Global%20Aviation%20Safety/ICAO_SGAS_book_SP_SEPT2013_final_web.pdf

correlacionados en virtud de la ocurrencia de un siniestro. Todo lo anterior pone de relieve la importancia que tiene una adecuada gerencia de los conflictos generados con ocasión de reclamos presentados en virtud de siniestros amparados por pólizas de seguro y reaseguro aeronáutico. Particularmente, los abogados designados por las compañías de seguro y reaseguro jugarán un papel preponderante en el análisis de los conflictos surgidos, así como de sus posibles métodos de resolución.

A primera vista, parece sencillo pensar que, ante la ocurrencia de un siniestro, las compañías aseguradoras y reaseguradoras simplemente deben obtener los documentos relacionados con el siniestro y analizar si procede o no la cobertura del siniestro ocurrido. Sin embargo, el proceso es mucho más complejo y comienza, como indica Bonnel, con la identificación de las circunstancias que rodean el siniestro ocurrido, así como las partes involucradas, para luego solicitar la información y documentos necesarios -dependiendo del tipo de siniestro ocurrido- para así abrir un expediente sobre el siniestro. Indica Bonnel que “esta información podría o no ayudar a determinar si hay cobertura para el siniestro pero, en todo caso, es requerida para determinar apropiadamente cómo proceder con el reclamo”³⁶.

Una vez obtenida tal información, la compañía de seguro o reaseguro procederá a designar abogados globales y regionales para analizar el reclamo presentado, a la luz del derecho aplicable pero también considerando aspectos tan relevantes como el contexto cultural que rodea a las partes involucradas en el conflicto. Recordemos que, en temas de aviación se suma un componente de internacionalidad que resulta de importancia a los efectos del análisis del conflicto. Ocurrido un siniestro, el abogado puede encontrarse recopilando información y analizando un conflicto que puede involucrar personas con diferentes idiomas nativos, nacionalidades, residencias y contextos culturales diferentes, que podrían dificultar la resolución de la controversia.

Por supuesto que el análisis parte de la base de las estipulaciones contractuales contenidas en la póliza, así como de la ley aplicable, pero a dicho estudio se añadirá el análisis sobre el lugar de ocurrencia del siniestro, la sede donde podría llevarse a cabo un litigio relacionado con el conflicto -si el mismo escalase hasta un litigio-, entrevistas personales con el reclamante para estudiar sus intereses y actitud con respecto al conflicto, recursos disponibles a nivel legal, financiero y humano e incluso el nivel de corrupción, dificultades de infraestructura y costos asociados a un eventual litigio. Todo lo anterior permitirá delimitar la estrategia a seguir con respecto al conflicto planteado.

³⁶ Bonnel, *Aircraft*, 80.

Particularmente en el caso de los reclamos relacionados con lesiones a personas o incluso su muerte en algún accidente o incidente aéreo, resulta relevante traer a colación lo señalado por Fisher, Ury y Patton al indicar que:

Un hecho fundamental de las negociaciones, que se olvida con facilidad en las transacciones internacionales y entre corporaciones, es que usted no está tratando con representantes abstractos de “la otra parte”, sino con seres humanos (...).

Este aspecto humano de las negociaciones puede ser una gran ayuda o también ser desastroso. El proceso para lograr un acuerdo puede producir un compromiso psicológico tendiente a obtener un resultado mutuamente satisfactorio.

No ser capaz de tratar a otros con sensibilidad como seres humanos sujetos a reacciones humanas, puede ser desastroso en una negociación³⁷

Lo anterior revela la importancia del acercamiento que debe llevar a cabo el abogado con el reclamante, a los fines de humanizar la gerencia del conflicto y no entenderla -simplemente, como pudiese suceder en otras áreas- como una tarea mecánica de resolución de controversias. Todo forma parte de la estrategia a seguir para delimitar una elección de resolución de conflictos eficaz, eficiente y acorde con las circunstancias, intereses y expectativas de la compañía aseguradora o reaseguradora, así como del propio reclamante.

Además de los abogados, los corredores de seguro y reaseguro -como pieza clave entre el reclamante y la compañía de seguro o reaseguro- juegan un papel de vital importancia durante el manejo del reclamo surgido con ocasión de un siniestro, participando para aclarar dudas o preocupaciones sobre el manejo del conflicto por parte de la compañía de seguro o reaseguro, por lo cual es esencial que se mantenga comunicado e informado sobre el avance de tal manejo³⁸. Como explica Bonnel, como punto final, “la comunicación abierta y la cooperación son los ingredientes de una exitosa resolución del conflicto”³⁹.

V. Conclusiones

Las consideraciones incluidas en este trabajo revelan la importancia de la gerencia del conflicto como medio idóneo para lograr la resolución efectiva, eficaz y definitiva de un conflicto.

Entender el conflicto, identificar sus aristas, predecir en cierto modo los escenarios posibles para así delinear una estrategia clara a seguir para su tratamiento forma parte de la labor del abogado como verdadero gerente del

³⁷ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Si, ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder* (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2003), 23.

³⁸ Bonnel, *Aircraft*, 80.

³⁹ Bonnel, *Aircraft*, 80.

conflicto. De lo analizado queda claro que esta labor, especialmente en una materia tan especializada y particular como la del seguro y reaseguro aeronáutico, aquí explicada como ejemplo, dista mucho de ser una tarea mecánica.

Por el contrario, son muchos los elementos legales, financieros, pero, sobre todo, personales y sociales que deben ser tomados en cuenta para resolver los conflictos planteados en el área. Por supuesto que no existe un manual definitivo e inmodificable dirigido a los abogados sobre una adecuada gerencia del conflicto. Sin embargo, la comprensión de los elementos básicos para el análisis de los conflictos, así como el pleno entendimiento de que, precisamente, no existe un conflicto exactamente igual a otro, permitirá a los abogados elaborar la mejor estrategia a seguir según las características de cada caso.

Finalmente, la comprensión del funcionamiento técnico de la industria de que se trate, del papel de los actores involucrados en la misma y de los intereses subyacentes a cualquier conflicto, harán la diferencia entre un abogado que “sólo aplica la ley” y un abogado-gerente del conflicto que utiliza la ley como uno de los elementos a considerar para tratar adecuadamente un conflicto.

Romper paradigmas relacionados con los beneficios y riesgos asociados a cada método de resolución de conflictos y asumir la importancia de la negociación cualquiera sea el método escogido para tratar la controversia hará una diferencia al momento de escoger un método verdaderamente eficiente según las necesidades del caso particular.

El arbitraje de inversión, instituciones, críticas, propuestas y algunas consideraciones sobre América Latina y Venezuela en particular ·

Andrés Eduardo Domínguez Arreaza*

Jean Louis Natera Duque**

pp. 131-162

Invitado: 29 jun 2021

Sumario

I. Definición del arbitraje de inversión | II. Instituciones fundamentales para el arbitraje de inversión | 1. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) | 2. Corte Permanente de Arbitraje (CPA) | 3. La Cámara de comercio internacional (CCI): Corte internacional de arbitraje | 4. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) | 5. Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. (CNUDMI) | III. Ventajas y desventajas del arbitraje de inversión | 1. Ventajas | 2. Desventajas | IV. Distintas propuestas para reformar o reemplazar el sistema actual de resolución de controversias entre Inversor y Estado | 1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) | 2. Unión Europea |

* El trabajo obtuvo mención honorífica en el Premio CIDEP para Estudiantes de Derecho 2020.

* Estudiante del pregrado de Derecho en la Universidad Central de Venezuela

** Estudiante del pregrado de Derecho en la Universidad Central de Venezuela

3. América Latina | V. Consideraciones sobre América Latina y el arbitraje de inversión | VI. Consideraciones sobre Venezuela, su situación actual y a futuro frente al arbitraje de inversión

El arbitraje de inversión, instituciones, críticas, propuestas y algunas consideraciones sobre América Latina y Venezuela en particular

Resumen: Con el fenómeno de la globalización, el arbitraje de inversión ha tenido un auge enorme durante principios del presente siglo por las características que este posee, siendo una herramienta fundamental para los Estados a la hora de atraer capital extranjero; sin embargo, son esas cualidades, que comparten la mayoría de los centros de arbitraje de inversión en el sistema actual, las que lo han llevado a una crisis de credibilidad por parte de una considerable cantidad de países a nivel global. El presente trabajo pretende –luego de una breve introducción al sistema– abordar lo que comprende esta crisis, las distintas propuestas que han surgido para hacerle frente y la situación de América Latina –y de Venezuela en particular– al respecto, analizando el presente y elaborando algunas conclusiones con vista al futuro.

Palabras Claves: Arbitraje de inversión | Métodos alternativos de resolución de conflictos | CIADI | CNUDMI | Unión Europea | América Latina.

Investment arbitration, institutions, critics, proposals and some considerations in particular about Latin America and Venezuela

Abstract: With the phenomenon of globalization, investment arbitration has had an enormous boom during the beginning of this century due to the characteristics that it possesses, being a fundamental tool for the States when it comes to attracting foreign capital. However, it is those qualities, which are shared by most of the investment arbitration centers in the current system, that have led it to a crisis of credibility on the part of a considerable number of countries at a global level. This paper intends -after a brief introduction to the system- to address what this crisis entails, the different proposals that have emerged to face it and the situation of Latin America -and Venezuela in particular- in this respect, analyzing the present and drawing some conclusions with a view to the future.

Key Words: Investment arbitration | Alternative dispute resolution | ICSID | UNCITRAL | European Union | Latin America.

I. Definición del arbitraje de inversión

Debido al importante auge que ha tenido el derecho comercial a nivel mundial, han surgido diversos mecanismos para resolver las controversias que pudieren aflorar entre las partes de estas relaciones, cada vez más globalizadas, del derecho mercantil; especialmente cuando surgen entre un inversor y un Estado. Una de las soluciones más efectivas ha sido el arbitraje de inversión, sobre esto, Iohan Lascu establece:

El arbitraje de inversiones viene a ser un sistema de resolución de controversias entre Estados receptores de capital privado y Sociedades transnacionales inversoras que introducen ese capital dentro de los Estados que lo alojan. Se trata de un medio no judicial de resolución de disputas, que pretende ser rápido, efectivo, y conciliador de las necesidades de los Estados¹.

Sobre la resolución de conflictos en esta materia, Rey Vallejo establece:

Las disputas entre estados giran dentro de la órbita del Derecho Internacional Público. Sin embargo, cuando ese estado ejercita una actividad de carácter comercial internacional, con una parte privada, bien sea a través de sí mismo o a través de una entidad pública, los conflictos que surgen en dichas relaciones son de conocimiento de las cortes estatales o de tribunales arbitrales nacionales o internacionales².

Siendo así, el arbitraje en materia de inversiones puede basarse en:

- i. Tratados de inversión entre dos Estados, tratados de libre comercio y acuerdos multilaterales.
- ii. Acuerdos de inversión entre un Estado y un inversionista.
- iii. La legislación nacional, en donde se suelen establecer principios garantistas y protectores para los inversores al negociar o invertir en el Estado en cuestión.

Diversas han sido las críticas que ha recibido el arbitraje de inversión, debido a que muchos internacionalistas y juristas lo han visto como una amenaza al Derecho Internacional Público; utilizando entre otros argumentos, que este

¹ Georgian Sergiu Ioan Lascu, “El Arbitraje Internacional de Inversiones: Panorama presente y perspectivas de futuro” (tesis de grado, Universidad de Alcalá, 2019), <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/40574/El%20Arbitraje%20Internacional%20de%20Inversiones.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

² Pablo Rey Vallejo, “El arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización”, *Revista de Derecho Privado* N° 38 (2007), ISSN: 1909-7794, <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033186001.pdf>

contraría sus derechos fundamentales. Por otro lado, otros autores ven en el Derecho Internacional de Inversiones, aspectos fundamentales del Derecho Internacional Público. Al respecto, Stephan W. Schill establece:

El derecho internacional de inversiones tiene una función amplia, que es proveer un marco legal para un orden económico internacional en el cual las relaciones de inversiones tengan lugar a través del establecimiento de principios de protección de inversiones bajo el derecho internacional que avalen los estándares del estado de derecho en el trato a los inversores extranjeros³.

II. Instituciones fundamentales para el arbitraje de inversión

1. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Uno de los principales centros arbitrales a nivel mundial es el CIADI, este se define, según publicación de la propia institución, de la siguiente manera:

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio). El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos sometieron el Convenio, con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Al 10 de abril de 2006, 143 países habían ratificado el Convenio⁴ para convertirse en Estados miembros.

De conformidad con las disposiciones del Convenio, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. Se complementaron las disposiciones del Convenio CIADI mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el Artículo 6(1)(a)-(c) del Convenio (Reglamento y Reglas del CIADI)⁵.

³ Stephan Schill, “Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público Comparado en una perspectiva latino-americana”, *ACIL Research Paper 2017-23* (2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2934266

⁴ Actualmente la cifra asciende a 163 Estados, esto según la base de datos publicada en su página web. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>

⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas (CIADI/15)*. Washington, D.C., Estados Unidos. 2006, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Una razón por la cual este Convenio ha tenido tanta trascendencia y ha sido suscrito y ratificado por tantos Estados, es el objeto que busca, el cual consiste en promover la inversión extranjera, siendo más seguro y llamativo para los inversionistas inyectar capital—especialmente en un país en desarrollo—si se tiene certeza de que cualquier controversia será tratada según lo acordado en esta Convención, siendo esto una garantía de independencia, al menos en principio, de los juzgadores.

Sobre una de las principales ventajas para los inversionistas, Iohan Lascu, establece:

Lo especial de los procedimientos de arbitraje ante el CIADI es que se le reconoce al inversor el derecho a formular directamente la correspondiente reclamación frente al Estado receptor de la inversión ante el CIADI, siempre y cuando el Estado y el inversor hayan manifestado previamente su consentimiento. De este modo, el Convenio introducía una notable peculiaridad dentro del Derecho Internacional, al reconocer la posibilidad de procedimientos arbitrales entre el inversor y el Estado sede que podían ser iniciados directamente por el inversor (...) ⁶.

2. Corte Permanente de Arbitraje (CPA)

La Corte Permanente de Arbitraje se fundó en el año 1899 para facilitar el arbitraje y otros métodos de resolución de controversias entre Estados. La página web de la Corte la define como una “organización intergubernamental que proporciona una variedad de servicios para la resolución de disputas a la comunidad internacional” ⁷.

Agrega Iohan Lascu que dicha definición engloba, además de los servicios de arbitraje entre Estados, otras competencias, como arbitrajes entre Estados, entidades controladas por este, organizaciones internacionales y partes privadas. Además de ello, ofrece también la Corte sus oficios en procedimientos de mediación, conciliación y otras formas de solución pacífica de controversias internacionales; poniendo además sus instalaciones a disposición de tribunales constituidos conforme a reglamentos de ciertas instituciones de arbitraje, así como en virtud de normas acordadas por las partes ⁸.

⁶ Georgian Sergiu Ioan Lascu, “El Arbitraje Internacional...”

⁷ Corte Permanente de Arbitraje. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://pca-cpa.org/es/home/>

⁸ Georgian Sergiu Ioan Lascu, “El Arbitraje Internacional...”

La CPA cuenta con 122 Partes Contratantes⁹, que han aceptado uno o ambos convenios fundacionales de la institución. Actualmente esta Corte administra 7 procedimientos entre Estados, 104 arbitrajes inversionista-estado y 51 casos surgiendo de contratos u otros acuerdos que involucran a un Estado u otra entidad estatal¹⁰.

3. La Cámara de comercio internacional (CCI): Corte internacional de arbitraje

En su página web esta Cámara se autodefine de la siguiente manera: “La Cámara de Comercio Internacional es la organización empresarial mundial, la única asociación representativa que habla con la voz que emana de las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo¹¹.”

Iohan Lascu señala que esta organización:

es la organización empresarial mundial por antonomasia, con sede en París, que representa a las empresas de todos los sectores y de todos los países del mundo. La CCI fomenta la apertura del comercio y de la inversión internacionales, así como la economía de mercado. (...) Dada su fuerza representativa, la CCI goza de la condición de entidad consultiva de primer orden ante la ONU, sus agencias y organismos especializados, y mantiene una fluida y estrecha relación con otras organizaciones internacionales, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la OCDE, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial¹².

Para administrar los arbitrajes de la CCI surgió en 1923 la Corte Internacional de Arbitraje (La Corte), en su página web se señala que esta “cuenta con más de 100 miembros procedentes de numerosos países y con bagajes profesionales, jurídicos y culturales diversos.” Dicha Corte resuelve temas comerciales diversos y

(...) goza de prestigio como institución de primera línea a la hora solucionar controversias grandes o pequeñas, ya se trate de un sencillo contrato de venta, de

⁹ Corte Permanente de Arbitraje. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/contracting-parties/>

¹⁰ Corte Permanente de Arbitraje. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://pca-cpa.org/es/cases/>

¹¹ Cámara de Comercio Internacional. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>

¹² Georgian Sergiu Ioan Lascu, “El Arbitraje Internacional...”

asuntos de propiedad intelectual, de empresas conjuntas, de acuerdos de adquisición de acciones o de proyectos de construcción financiados por el Estado, entre otros¹³.

4. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)

El origen de esta Corte se remonta a 1983, “(...) es una de las instituciones internacionales líderes en el mundo para la resolución de disputas comerciales. La LCIA proporciona una administración eficiente, flexible e imparcial de arbitrajes y otros procedimientos de ADR, independientemente de la ubicación y bajo cualquier sistema legal.”¹⁴ [Traducción nuestra]

Algo a resaltar de esta institución es que las decisiones que emanan de ella son definitivas y vinculantes, pues así lo prevé su Reglamento, donde establecen la renuncia al derecho de apelar, siempre que esto sea admisible con la legislación interna del país en cuestión, garantizando así más celeridad en el arbitraje, puesto que no se perderán tiempo y recursos en el agotamiento de las vías recursivas¹⁵.

5. Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. (CNUDMI)

Se autodefine como el “Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 50 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.”¹⁶.

A pesar de no contar con una Cámara de Arbitrajes propiamente, la Comisión se encomendó en la tarea de realizar un Reglamento de Arbitraje que consta “(...) de una amplia gama de normas procesales en las que las partes pueden convenir para la sustanciación de procedimientos arbitrales que se entablen

¹³ Cámara de Comercio Internacional, *La CCI y la Solución de Controversias* (París: Imprimerie Port Royal, 2013), <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Solucion-de-Controversias-de-ICC-Espanol.pdf>

¹⁴ The London Court of International Arbitration. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx> [is one of the world's leading international institutions for commercial dispute resolution. The LCIA provides efficient, flexible and impartial administration of arbitration and other ADR proceedings, regardless of location, and under any system of law.]

¹⁵ Georgian Sergiu Ioan Lascu, “El Arbitraje Internacional...”

¹⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://uncitral.un.org/es/about>

a raíz de sus relaciones comerciales (...)”¹⁷. Estas normas son ampliamente usadas en algunas de las instituciones arbitrales ya enunciadas con anterioridad, así como en arbitrajes *ad hoc*, ya que rigen los elementos más relevantes sobre el procedimiento, árbitros, laudo, entre otras cuestiones.

De todo lo hasta ahora descrito, puede concluirse que el arbitraje de inversión ha pasado a ser un medio de resolución de conflictos de gran relevancia en la actualidad, donde, en vista de los procesos económicos y sociales que se vienen desarrollando en nuestro planeta, haciendo cada vez más difusas nuestras fronteras territoriales, se hace significativamente necesario el contar con un mecanismo de resolución de controversias internacionales que pudieren surgir entre un Estado y los inversores extranjeros que acudan a él; así como sirve también, de herramienta a los países menos desarrollados, para generar más confianza en el extranjero, quien contaría con la garantía de ser juzgado por un órgano externo e imparcial. Es así como se han venido creando distintos organismos internacionales con estos instrumentos arbitrales para resolver conflictos Inversor-Estado.

III. Ventajas y desventajas del arbitraje de inversión

El arbitraje de inversión al ser un mecanismo de resolución de conflictos internacional, lógicamente, conlleva ventajas y desventajas, siendo una solución práctica y eficaz en muchos casos, pero pudiendo generar situaciones en su aplicación, que algunos podrían considerar graves inconvenientes.

1. Ventajas

Abad Gómez nos señala algunas de las ventajas teóricas evidentes del arbitraje¹⁸, las cuales son:

- i. Simplicidad: del procedimiento de resolución de disputas.
- ii. Rapidez: en general se requiere menos tiempo que en los procesos judiciales.
- iii. Flexibilidad: en varios de los tribunales arbitrales, las partes tienen el derecho de elegir entre un árbitro único o un tribunal arbitral compuesto por varios árbitros, en función de la complejidad de la controversia. Además, los árbitros cuentan con mayor libertad en la aplicación de las normas jurídicas que los jueces.

¹⁷ CNUDMI. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>

¹⁸ Nerea Abad Gómez, “El arbitraje internacional: características de funcionamiento y ventajas”, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA)*, 20 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/el-arbitraje-internacional-caracteristicas-de-funcionamiento-y-ventajas/>

- iv. Neutralidad: el Tribunal arbitral ha de constituir una posición neutral para la resolución de las controversias, estando desvinculado de los órganos judiciales de los países de los que son naturales las partes involucradas.
- v. Calidad técnica elevada: ante la posibilidad de nombramiento de árbitros especialistas en la materia objeto de la disputa —sea el área de construcción, seguros, energía, etc. Además, los árbitros suelen tener una mayor disponibilidad de tiempo para estudiar el caso objeto de litigio, lo que podrá redundar en una mayor eficacia, así como robustez y respaldo argumental del laudo.
- vi. Confidencialidad: Las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el proceso arbitral, lo que se contrapone al principio general de publicidad dentro de los procesos judiciales.
- vii. Coste predeterminado: conocido desde el inicio del proceso.

A estas ventajas, añadimos las siguientes:

- i. Adaptabilidad: al poder adaptarse más rápidamente a las necesidades actuales, en comparación a los procesos legislativos de muchos países.
- ii. Fuero atrayente de inversión: al dar mayor confianza a los inversionistas a la hora de emprender actividades comerciales, sabiendo desde un inicio por qué medio se resolverán sus controversias.

Sin embargo, muchas veces en la práctica estas ventajas no se materializan en la realidad, ya que ningún mecanismo arbitral es perfecto y cada uno de ellos trae consigo diversas desventajas. Es por ello que, en vista de las crecientes críticas al sistema actual, la CNUDMI encomendó al Grupo de Trabajo III la tarea de elaborar una “Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados”¹⁹.

2. Desventajas

Dentro de este Grupo de Trabajo III, se han identificado una serie de críticas y/o preocupaciones, que buena parte de los Estados comparten sobre el

¹⁹ Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados. Página web: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state

actual sistema arbitral de resolución de controversias²⁰; enunciamos a continuación algunas de ellas:

- i. La falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que conocen de las controversias inversor-Estado.
- ii. La falta real o aparente de imparcialidad e independencia de los árbitros, consideraciones sobre su falta de diversidad y cualificación, y los límites en el actual procedimiento de recusación de estos juzgadores.
- iii. Existe una importante preocupación sobre la falta de un mecanismo para hacer frente a las demandas infundadas o carentes de mérito, sobre todo cuando los procedimientos arbitrales son cada vez más largos y costosos.
- iv. Existen, además, inquietudes sobre la asignación de costas en estos procedimientos, así como sobre la disponibilidad de garantías para el cobro de estas.
- v. A todo lo anterior, se agregan observaciones sobre la necesidad de una regulación de la financiación por terceros en el arbitraje inversor-Estado.

IV. Distintas propuestas para reformar o reemplazar el sistema actual de resolución de controversias entre Inversor y Estado

1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El CIADI se ha empeñado también en la tarea, desde el año 2016, de reformar las reglas que rigen sus arbitrajes. Esto en medio de las distintas críticas que han surgido entorno al Arbitraje de Inversión en general, y a este Centro en particular.

El primer paso fue realizar una consulta a los Estados miembros de la Institución, y al público en general, donde se identificaron cuatro principales problemáticas dentro de su sistema²¹:

²⁰ CNUDMI. Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones. 06 de noviembre de 2018, A/CN.9/964, <http://undocs.org/es/A/CN.9/964>

²¹ Rafael Ramos Codeço Rafael y Henrique Martins Sachetim, “Enmiendas a las Reglas del CIADI: Un intento por resolver algunas inquietudes identificadas por el GT III de la CNUDMI sobre la ISDS”, *Investment Treaty News*, 02 de octubre de 2019, <https://www.iisd.org/itm/es/2019/10/02/icsid-rule-amendment-an-attempt-to-remedy-some-of->

- i. Incoherencia de los laudos emitidos por sus numerosos tribunales;
- ii. Falta de independencia e imparcialidad de los árbitros;
- iii. Altos costos de los procedimientos;
- iv. Falta de transparencia.

Posteriormente, el CIADI ha estado trabajando en torno a estas críticas y buscando la forma más efectiva de hacerles frente. Es así como, luego de tres años de trabajo, han llegado al Documento de Trabajo #3, mediante el cual se esgrimen una serie de propuestas para enmendar sus reglas²². A grandes rasgos, estas comprenden los siguientes puntos:

- i. Para mejorar la coherencia de los laudos arbitrales, introducen la opción para acumular voluntariamente las demandas, sujeto al consentimiento de las partes. Además, se plantea que se puedan nombrar los mismos árbitros en dos o más casos que normalmente tendrían procedimientos separados, donde incluso cabe la posibilidad de que estos se decidan por laudos dictados simultáneamente.
- ii. Respecto a la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros, el planteamiento es mejorar ciertas disposiciones sobre el nombramiento sin abandonar por completo el esquema actual, por ejemplo, blindado la declaración de independencia e imparcialidad. En este sentido se propone mejorar también el sistema de recusación, volviéndolo más expedito. Además, se busca ampliar los requisitos de revelación de información para los árbitros designados; esto podría evitar eventuales conflictos de intereses.
- iii. En materia de costos, se pretende modificar la norma que regula los honorarios de cada miembro del CIADI, pasando de ser fijos por día de trabajo, independientemente del número de horas que efectivamente labore, a ser fijos por hora de trabajo. Al respecto, también se plantea que, al menos en principio, los documentos se presenten únicamente de forma electrónica. También se trabaja la posibilidad de regular la solicitud de miembros del Tribunal de un pago mayor al establecidos por honorarios del CIADI, debiendo ser esta justificada y efectuada a través del Secretario General.

the-concerns-regarding-isd-identified-by-uncitral-wg-iii-rafael-ramos-codeco-henrique-martins-sachetm/#_ftn2

²² CIADI, *Documento de Trabajo #3: Propuestas de Enmiendas a las Reglas del CIADI*. Tomo III, Agosto 2019, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_3_VOLUME_3_Espanol.pdf

- iv. En concordancia con lo anterior, se propone reducir los tiempos del procedimiento al fijar, por ejemplo, que el tribunal dictará el laudo dentro de los 120 días después del cierre del procedimiento. Se busca procurar calendarios más claros, e implementar además opciones para que se puedan presentar arbitrajes expeditos. Esto aunado a lo ya mencionado respecto a fijar un calendario mucho más ajustado en el procedimiento de recusación de árbitros.
- v. Para procurar la transparencia de los procedimientos se plantea una mayor participación de partes no contendientes, de una forma más eficaz a la que se les ha venido permitiendo desde el Reglamento del CIADI de 2006. En materia de financiación por terceros, otro de los puntos más controvertidos, se pretende imponer que las partes informen si la poseen, la fuente de esta y que los datos sean actualizados a lo largo del procedimiento. Igualmente, la identidad del financiador deberá ser revelada a los que serían los posibles árbitros antes de su nombramiento.

2. Unión Europea

Ahora, es imperante describir la postura de la Unión Europea durante buena parte de esta época, que ha revolucionado el sistema actual en ese continente y busca extenderse mediante la negociación de tratados bilaterales de inversión con Estados externos que acojan su propuesta, además de impulsarla ante el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI.

Para encontrar el origen de la propuesta europea, es necesario remontarse hasta el 2015, donde ya en las negociaciones para un posible Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión y Estados Unidos, Europa comenzó a abogar por la creación de un nuevo mecanismo para la resolución de las eventuales controversias que pudieren surgir entre Inversor y Estado, a través de la puesta en marcha de un tribunal internacional permanente, dejando completamente de lado el tradicional sistema basado en el arbitraje internacional²³.

Esta propuesta de la Comisión Europea fue respaldada, además, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —último intérprete del Derecho de la

²³ Enrique Fernández Masía y Margherita Salvadori, “Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias Inversor-Estado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 12, N° 1. (2020), <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5185/3654>.

Unión— quien, en 2019, mediante el Dictamen 1/17 fechado 30 de abril²⁴, declara que el Sistema de Tribunal Internacional de Inversiones contemplado en el Acuerdo Económico y Global entre la Unión y Canadá, es compatible con el Derecho europeo.

Esta iniciativa fue presentada mediante Documento al Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI)²⁵, en el marco del trabajo que este ha venido realizando en función a una posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

Lo primero que hace la Unión Europea, es exponer que comparte la mayoría de las inquietudes que el Grupo de Trabajo ha detectado en el sistema actual de Solución de Controversias entre Inversores y Estados (SCIE). Acto seguido, como respuesta sistemática a estos problemas, procede a proponer la implementación del Mecanismo Permanente para la Solución de Controversias, con los planteamientos descritos a continuación:

- i. El establecimiento de mecanismos que promuevan la resolución de controversias mediante vías amistosas como la mediación y la conciliación.
- ii. La creación de un mecanismo permanente de resolución de controversias, el cual deberá contar con dos instancias, estando conformado por un Tribunal de primera instancia y uno de apelación. En la primera instancia se “investigaría el caso, como hacen los tribunales arbitrales en la actualidad, y posteriormente aplicaría la legislación aplicable a los hechos. También trataría los casos que le fueran devueltos por el tribunal de apelación cuando este no pudiera resolverlos”. El tribunal de apelación conocería de los recursos provenientes del tribunal de primera instancia.
- iii. Se propone que los árbitros del mecanismo permanente de resolución de controversias sean contratados a tiempo completo y que cuenten con salarios equiparables a los que reciben los árbitros de tribunales internacionales. Dichos árbitros deberán cumplir requisitos éticos estrictos y no podrán ser influenciados por ningún

²⁴ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en pleno, de fecha 30 de abril de 2019, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jspx?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6458340>

²⁵ CNUDMI, *Documento presentado por la Unión Europea y sus Estos miembros*. 24 de enero de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.159, <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.159>; A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>; y A/CN.9/WG.III/WP.145. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.145>

Estado o inversor. Se promoverá que exista diversidad geográfica y de género entre los árbitros.

- iv. La creación de un proceso de nombramiento que garantice la independencia y neutralidad de los árbitros para el caso concreto. En dicho proceso se deberán considerar todas las opciones posibles para garantizar la neutralidad, pero se podrían tomar ideas, entre otras fuentes, de órganos jurisdiccionales regionales o internacionales de reciente creación que dispongan de mecanismos de selección para garantizar que los árbitros nombrados cumplen de hecho con los requisitos necesarios de independencia judicial.
- v. La posibilidad de que mediante el mecanismo permanente se resuelvan controversias entre Inversor – Estado y entre Estados.
- vi. Se sugiere que se mantenga e implemente la posibilidad de que las partes de los tratados adopten interpretaciones vinculantes de las obligaciones subyacentes, debido a que “En un mecanismo permanente multilateral que abarcara varios acuerdos bilaterales, sería necesario que las partes de un acuerdo bilateral conservaran el control sobre la interpretación de su acuerdo mediante la capacidad de adoptar interpretaciones vinculantes.”
- vii. Se sugiere que se permita la intervención de terceros no involucrados en la controversia que también sean parte de dicho tratado o acuerdo multilateral. También se deberá permitir la intervención de terceros interesados.
- viii. Se deberá garantizar la transparencia de los procesos llevados a cabo por el mecanismo permanente.
- ix. Se debe garantizar el cumplimiento efectivo de los laudos arbitrales. “En consecuencia, no cabría la revisión de dichos laudos a escala nacional.” El mecanismo permanente deberá tener su propio régimen de ejecución.
- x. En cuanto a la financiación, “Las contribuciones a la financiación de un mecanismo permanente las realizarían, en principio, las partes contratantes, y se ponderarían en función de su nivel de desarrollo respectivo, para que los países en desarrollo o menos desarrollados soportaran una carga menor que los países desarrollados.”
- xi. En concordancia, “Es fundamental que el mecanismo permanente pueda dirimir controversias que afecten a la multitud de acuerdos que existen en la actualidad y que puedan adoptarse en el futuro.” En cuanto a la aplicabilidad del mecanismo para tratados posteriores a la creación del mecanismo permanente, “estos podrían incluir una

- disposición que otorgase competencia jurisdiccional al mecanismo permanente, o podrían incorporarla con posterioridad.”
- xii. En cuanto a los mecanismos de asistencia, “Debería preverse un mecanismo que garantizase que todas las partes en controversia pudieran operar de forma efectiva en el régimen de solución de controversias en materia de inversiones”.
 - xiii. Se propone que el sistema tenga una arquitectura abierta, por lo que “el mecanismo permanente debería incorporar un cierto grado de flexibilidad”, para que así las partes puedan adaptarlo al tipo de controversias que deseen resolver mediante este mecanismo permanente.

Como se puede observar, lo que plantea –y ha comenzado a ejecutar– Europa, supone un cambio fundamental en como se ha concebido el sistema hasta el día de hoy, algunos incluso dirían que un retroceso, puesto se está regresando a un sistema judicial, con todas las falencias que ello conlleva; pero ello está sujeto a la interpretación de cada lector, ya que, para otros, esta reforma transversal podría significar el tomar lo mejor de ambos mecanismos –el arbitral y el judicial–, logrando así innovar en una nueva herramienta que se eleve sobre lo que se había venido aplicando hasta ahora.

3. América Latina

Además de los planteamientos que trajo a la mesa la Unión Europea, en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se han encontrado otra serie de posturas; como la que comparten Japón, Chile e Israel, o la particular posición defendida por Brasil. A continuación, expondremos brevemente las soluciones procesales a las que se está intentando llegar en el Grupo, así como algunos de los abordajes más interesantes que han sido puestos sobre la mesa por expertos en la materia y por representantes de distintos Estados.

En un primer plano, nos encontramos con quienes, en vez de reformas al sistema actual de resolución de disputas mediante arbitraje, plantean el buscar más bien alternativas a este, así como hacer más énfasis en la prevención de las controversias que llevan a su uso.

En este sentido, se discute el utilizar métodos alternativos de resolución de disputas (ADR) no vinculantes, como la conciliación y la mediación, donde

se procure una solución a la controversia que sea aceptable para todos los involucrados; lo que traería, además, la ventaja de economizar tanto monetariamente, como en lo que al tiempo se refiere, las costas de resolver el conflicto²⁶.

Lo anterior, sin mencionar el beneficio que podrían conllevar a la hora de evitar una eventual escalada en el desacuerdo, lo que coadyuvaría en la preservación de las relaciones entre las partes, siendo esto particularmente beneficioso en un área como la que es objeto de este estudio; especialmente cuando ampliamos la perspectiva y vemos que, detrás del inversor extranjero —sea agravante o agraviado— se encuentra un Estado con el que probablemente, la Nación receptora de la inversión, quiera mantenerse en buenos términos.

A manera de complemento de estos métodos “ADR”, se deberá impulsar el fortalecimiento en políticas tanto de prevención como de gestión de disputas a lo interno de cada Estado. En este sentido, se evalúa la creación de una especie de agencia de inversión, que sería responsable de gestionar quejas que puedan presentar inversores extranjeros, tratando de manejar su disgusto en forma que pueda encontrarse alguna solución amigable para las partes antes de llegar a convertirse en una disputa legal contenciosa.

Un ejemplo de lo anterior es lo que se ha implementado en Perú desde el año 2006, donde:

El Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión —SICRECI—, se ha mostrado, en muchas ocasiones, como un instrumento básico y preciso para impedir la escalada del conflicto y que todos los agentes estatales, en los distintos niveles gubernamentales y administraciones, cumplan con los compromisos adquiridos por el Estado peruano en la promoción y protección de las inversiones extranjeras²⁷.

Otro país que apuesta a la prevención de controversias, pero que además está —y ha estado históricamente— abiertamente en contra del arbitraje Inversor-Estado, es Brasil. Un abreboca de su postura, que luego será más ampliamente desarrollada, es el siguiente extracto del documento presentado por el Gobierno de Brasil, ante el Grupo de Trabajo III, el 28 de marzo de 2019²⁸:

Solo una vez que la parte reclamante haya agotado el procedimiento de prevención de controversias por conducto del Ombudsman y el Comité Conjunto sin

²⁶ Enrique Fernández Masía, “La incorporación de los “ADR” al sistema de resolución de controversias sobre inversiones extranjeras”, *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Vol. 3, N° 5 (2015), EISSN: 2304-7887, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830188.pdf>

²⁷ Enrique Fernández Masía y Margherita Salvadori, “Lo que se está discutiendo...”

²⁸ CNUDMI, *Documento presentado por el Gobierno de Brasil*, 11 de junio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.171, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.171>

haber logrado resolver la controversia satisfactoriamente, pueden las partes entablar un proceso arbitral entre Estados.

Por otro lado, entre quienes abogan por la continuidad del *status quo* –que son la gran mayoría de los Estados– se encuentran Japón, Chile e Israel, quienes argumentan que puede reformarse el sistema actual, de forma que dé respuesta a las inquietudes que se plantean, sin que sea necesario derrumbarlo desde sus cimientos²⁹.

Respecto a la crítica que arguye la parcialidad de los árbitros dentro del sistema actual, se ha elaborado una propuesta donde se dicte un código de conducta detallado, que regule lo referente al árbitro. Además de ello, se buscan alternativas para diversificar el origen de estos, así como para mejorar el procedimiento de designación y recusación arbitral; en este último caso, procurando que el órgano decisor se distinga del tribunal arbitral³⁰.

Otra de las grandes críticas, gira en torno a la inconsistencia en decisiones arbitrales que cuentan con elementos similares. Respecto a este punto se han planteado, entre otros, los siguientes mecanismos:

- i. Incluir normas que regulen la acumulación de asuntos³¹ con elementos sustantivos y objetivos que sean comunes, disminuyendo el riesgo de que los tribunales arbitrales incurran en contradicción al momento de decidir varias causas que concurren en sus partes, hechos y pretensiones; y aminorando, además las costas y duración de los procedimientos arbitrales.
- ii. Incluir a los Estados parte en el proceso de interpretación de lo dispuesto en los acuerdos internacionales de inversión³², donde estos puedan establecer ciertos lineamientos sobre la intención o sentido de sus normas que, al fin y al cabo, están allí porque las naciones firmantes lo acordaron de esa manera.
- iii. Por último, se impulsa la creación de un sistema mediante el cual se realice un control y revisión de laudos antes de que sean

²⁹ CNUDMI, *Observaciones de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón*, 15 de marzo de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.163, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.163>

³⁰ Enrique Fernández Masía y Margherita Salvadori, “Lo que se está discutiendo...”

³¹ Giovanni Zarra, *Parallel proceedings in investment arbitration* (La Haya: Eleven International Publishing, 2017)

³² James Frys y Odysseas Repousis, “Towards a new world for investor-state arbitration through transparency”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 48, issue 3 (2016), 795-866.

dictados, algo similar a lo plasmado en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional³³.

China, por su parte, plantea una solución que sí, significaría un cambio sustancial al sistema actual, pero no uno tan significativo como el propuesto –e implementado– por la Unión Europea. Esta sería el establecer un sistema de apelación de laudos, que fungiría como una segunda instancia para los tribunales arbitrales tal como existen actualmente. Esto se traduce en crear un órgano permanente que revisaría los laudos dictados por estos últimos³⁴.

Otro conflicto dentro del sistema actual del arbitraje de inversiones es el carácter de confidencialidad con el que son tratadas la gran mayoría de actuaciones dentro de los procedimientos arbitrales, algo que algunos encuentran cuestionable cuando, en estos, se tratan cuestiones que van íntimamente ligadas al interés público dentro de los Estados parte.

Varias normas han sido adoptadas en los últimos años para mitigar esta problemática; con ellas se ha buscado dar acceso público a audiencias, elevar la cantidad de documentos procesales que no son amparados por la confidencialidad y permitir, en cierto grado, la intervención de terceros, como podrían ser las Organizaciones No Gubernamentales.

Sobre este punto existen dos abordajes. En primer lugar, en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, se elaboró el “Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado”³⁵, que entró en vigor el 18 de octubre de 2017 al ser ratificado por Suiza, Canadá y Mauricio. Este Reglamento se traduce en una serie de normas que evitarían el tener que renegociar los Acuerdos de Inversión Internacional ya vigentes, adoptando, en vez de ello, este documento convencional que se aplicaría a los arbitrajes que posteriormente se vieran amparados por estos “AI”.

El segundo abordaje busca evitar los conflictos que surgen producto de la financiación de terceros en estos procesos arbitrales, uno de los puntos más controvertidos. Al respecto, lo que se ha llevado a la mesa es que la existencia e identidad de los financiadores debe ser divulgada, al igual que el acuerdo de

³³ CNUDMI, *Comunicación presentada por el Gobierno de Marruecos*, 04 de marzo de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.161, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.161>

³⁴ CNUDMI, *Comunicación del Gobierno de China*, 19 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177s.pdf>

³⁵ CNUDMI, *Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, 2014, <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf>

financiación, incluso. Además, se exige se prevean normas tanto para sancionar en los casos de incumplimiento de esta obligación, como para la exigencia de caución en estas situaciones; esto último para que la parte financiada garantice el eventual pago de las costas del procedimiento³⁶.

Cónsona con todo lo hasta ahora expuesto, se han impulsado otra serie de propuestas, como el acabar con el abuso del sistema por parte de los inversionistas al disponer que la parte perdedora deba pagar, en principio, las costas del procedimiento, así como el que se pueda exigir caución en ciertos casos respecto a estas y, además, incluir un mecanismo que permita desechar a *prima facie* las reclamaciones con una falta absoluta de fundamento legal³⁷.

Además de ello, se busca “equilibrar la balanza” dando al Estado receptor la posibilidad de accionar, en ciertas situaciones, contra el inversor, en el tribunal arbitral³⁸. También ha sido propuesto elaborar una especie de procedimiento abreviado, donde pueda darse curso a demandas de baja cuantía o casos sin alto grado de complejidad; en este mismo sentido de aminorar tiempos, se plantea la posibilidad de que se simplifiquen algunos aspectos procesales –acortando plazos, por ejemplo.

Teniendo en cuenta todo lo hasta ahora expuesto, vemos que, de un modo u otro, los Estados, a nivel global, entienden que el sistema de arbitraje de inversión actual debe ser reformado o, para las perspectivas más extremas, incluso reemplazado por completo.

Algo parecido ocurre particularmente en nuestra Región, donde nos encontramos con toda una gama de posiciones que –como ya hemos adelantado *supra*, al mencionar las posturas brasileña, chilena y peruana– van desde cambios bastantes puntuales a la forma en que se regulan estos arbitrajes, hasta reemplazar el sistema por uno de disputas entre Estados, incluyendo además una estructura orgánica de prevención de controversias. Todo esto será desarrollado de forma más *lata* en el siguiente segmento.

³⁶ Enrique Fernández Masía y Margherita Salvadori, “Lo que se está discutiendo...”

³⁷ Enrique Fernández Masía y Margherita Salvadori, “Lo que se está discutiendo...”

³⁸ CNUDMI, *Comunicación del Gobierno de Sudáfrica*, 17 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.176, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.176>

V. Consideraciones sobre América Latina y el arbitraje de inversión

Para entender la situación del arbitraje de inversión en la Región, es necesario entender cómo ha interactuado el sistema actual con los principales países que la integran, así como su perspectiva actual con el tema. Estas serán las cuestiones a abordar en el presente capítulo.

Lo primero en resaltar es el disgusto de algunos países de Latinoamérica con el sistema de resolución de disputas implementado en el CIADI. Muestra de ello es que Bolivia, Ecuador y Venezuela hayan denunciado el Convenio de Washington³⁹. En el 2009, en respuesta a las críticas, Ecuador propuso que la UNASUR creara un centro de arbitraje regional que sirviera de alternativa a este.

En diciembre de 2010 en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR, decidieron por unanimidad que Ecuador presida el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. Actualmente el proyecto se encuentra en etapa de desarrollo, para su posterior aprobación por parte de los estados miembros de UNASUR.

Entre las características más notables, contrarias a las tendencias establecidas por el arbitraje CIADI, el proyecto señala que la jurisdicción del Centro de Arbitraje excluye materias de salud pública, impuestos y energía salvo que el Tratado o contrato de inversión establezcan lo contrario. Sin embargo, bajo ningún concepto, los arbitrajes podrán decidir sobre la legitimidad de leyes internas de los Estados miembros ni de sus efectos económicos.

(...)

El proyecto de arbitraje UNASUR permite a los estados negar la ejecución de los laudos expedidos con violación del orden público interno o cuando la controversia sea inarbitrable, que son causas reconocidas en el artículo V de la CNY de 1958. Aquello supone desincentivo e inseguridad para el inversionista extranjero.

(...)⁴⁰

Para el 2016, se anunciaba que el proyecto tenía consenso de las partes en al menos 80% de su texto normativo⁴¹. Esto se observaba con bastante preocupación por parte de los inversores, ya que las propuestas que giraban alrededor

³⁹ Andrés Cervantes Valarezo, “Inconveniencia del Arbitraje de Inversión CIADI y de Órganos Regionales Arbitrales para América Latina”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 25 (2016), ISSN: 1888-4377.

⁴⁰ Andrés Cervantes Valarezo, “Inconveniencia del Arbitraje de Inversión...”

⁴¹ Katia Fach Gómez y Catharine Tití, “El Centro de Solución de Controversias en materia de Inversiones de Unasur: Comentarios Sobre el Borrador de Acuerdo Constitutivo”, *Investment Treaty*

de este, los ponían en una situación de desventaja bastante desmotivadora; sin embargo, con el desmembramiento que ha sufrido el UNASUR desde el 2018, donde ocho (08) de los doce (12) Estados que integraban la organización, se han retirado (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú⁴² y Uruguay⁴³) –donde, como vemos, está incluido Ecuador, quien encabezaba el proyecto– la creación de este Centro de Solución de Controversias parece carecer de sentido, y de querer los miembros actuales continuar con ella, perdió toda la relevancia de la que estuvo revestida en un principio.

Una postura –de más relevancia en la actualidad por sus actores– que se hace imperante revisar al hablar de la Región es la del Mercosur. Al dar un vistazo a los miembros originarios de esta organización, nos encontramos con que todos, a excepción de Brasil –de quien ya conocemos su particular posición–, han sido miembros del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados desde finales del siglo pasado⁴⁴.

Además de lo anterior, el Mercosur, como organización regional, ya en 1994 había celebrado el llamado Protocolo de Colonia, con características propias de los tratados internacionales de inversión, incluyendo el remitir las controversias a un arbitraje internacional ante el CIADI o a las reglas de arbitraje de UNCITRAL; sin embargo, este nunca entró en vigor.

News, 10 de agosto de 2016, <https://www.iisd.org/itn/es/2016/08/10/unasur-centre-for-the-settlement-of-investment-disputes-comments-on-the-draft-constitutive-agreement-katia-fach-gomez-catharine-titi/>

⁴² Noticias de América Latina y el Caribe (Nodal), “Desintegración regional: solo cinco de los doce países quedan en la Unasur tras la salida de Ecuador”, *Nodal*, 15 de marzo de 2019. Consultado el 30 de octubre de 2020 en: <https://www.nodal.am/2019/03/desintegracion-regional-solo-cinco-de-los-doce-paises-quedan-en-la-unasur-tras-la-salida-de-ecuador/>

⁴³ Uruguay Presidencia, “Uruguay se retira de la Unasur, regresa al TIAR y apoyará la reelección de Luis Almagro al frente de OEA”, *Uruguay Presidencia*, 10 de marzo de 2020. Consultado el 30 de octubre de 2020 en: [https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/talvierne-cancilleria-unasur-tiar-oea-reeleccion-almagro-mision-oficial#:~:text=Comunicaci%C3%B3n,Uruguay%20se%20retira%20de%20la%20Unasur%20regresa%20al%20TIAR%20y,Almagro%20al%20frente%20de%20OEA&text=El%20canciller%20Ernesto%20Talvi%20anunci%C3%B3,de%20Asistencia%20Rec%C3%ADproca%20\(TIAR\).](https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/talvierne-cancilleria-unasur-tiar-oea-reeleccion-almagro-mision-oficial#:~:text=Comunicaci%C3%B3n,Uruguay%20se%20retira%20de%20la%20Unasur%20regresa%20al%20TIAR%20y,Almagro%20al%20frente%20de%20OEA&text=El%20canciller%20Ernesto%20Talvi%20anunci%C3%B3,de%20Asistencia%20Rec%C3%ADproca%20(TIAR).)

⁴⁴ Magdalena Bas Vilizzio, “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: Sombras y Ausencia de la Solución de Controversias Inversor-Estado”, en *Documentos de Trabajo Fundación Carolina*, N° 21/2019 (2ª época) (2019), ISSN: 1888-4377.

https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf

En el 2017 nos encontramos otro intento de regular este particular dentro del Mercosur, cuando el 07 de abril de 2017 se firma el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur (PCFI)⁴⁵. En esta ocasión, el texto adopta, como ya se había dicho anteriormente, el modelo de los “ACFI” que promueve Brasil, apostando por la prevención de controversias y, si esta falla, estableciendo un sistema de solución de disputas entre Estados, en lugar de Inversor-Estado.

Al referirnos a la experiencia Latinoamericana en el sistema de arbitraje de inversión actual, es necesario resaltar algunos datos que podrían sustentar la tesis de que es una Región desfavorecida por los mecanismos vigentes.

Según cifras del 2012, “el 91% de los inversores demandantes provienen de países económicamente desarrollados (...) tan solo una minoría del 6% corresponde a demandas presentadas por inversionistas nacionales de países de economías en desarrollo, dentro de las cuáles se encuentran incluidos los países de América Latina”

Además, de noventa (90) designaciones de Árbitros y Conciliadores que se realizaron en 2020⁴⁶, por utilizar la cifra más reciente, solo cinco (05) fueron realizadas por países de América Latina: tres (03) por Las Bahamas y dos (02) por Uruguay. Como sustento a la desproporción que esto significa, vemos que ya para el 2015 solo un 10% de los árbitros, conciliadores y miembros de los comités *ad-hoc* elegidos pertenecían a América del Sur⁴⁷.

En conjunción con lo anterior, según la Carga de Casos del CIADI más reciente⁴⁸, América del Sur acumula el 23% de todos los casos registrados en la distribución geográfica en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario según el Estado Parte de que se trate; quedando en segundo lugar, solo detrás de Europa Oriental y Asia Central, que aglomeran un 26%.

⁴⁵Mercosur, Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur, firmado 07 de abril de 2017, <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercosur/>

⁴⁶ CIADI, *Informe Anual del CIADI 2020*. Enviado el 21 de septiembre de 2020, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/ICSID_AR20_Spanish_CRA_Web.pdf

⁴⁷ Donde el 22% provenía de América del Norte y el 48% de Europa Occidental. Andrés Cervantes Valarezo, “Inconveniencia del Arbitraje de Inversión...”

⁴⁸ CIADI, *Carga de Casos del CIADI - Estadísticas*. Edición 2020-2, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/sp/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20SPA.pdf>

También es de resaltar algunas de las cifras, en cuanto a la cantidad de reclamaciones por país, que constan en la página web del CIADI⁴⁹, donde Argentina, hasta la fecha de la última consulta realizada, contaba con 56 reclamaciones en su contra, Venezuela con 49, Perú 29, Colombia y Ecuador con 14, Bolivia y Chile con 5, Paraguay y Uruguay 3.

Respecto a América Latina, podemos ver que algunos de sus países figuran entre los más demandados dentro del sistema actual. Para muestra, las cifras del párrafo inmediatamente anterior respecto a Argentina, Venezuela y Perú, por no irnos más allá. Sobre este particular, valdría la pena analizar la razón de estas cantidades; si corresponden a un abuso de los inversores en el uso de la oferta de arbitraje dispuesta en los tratados o contratos, si estos introducen sus reclamaciones porque conocen las presuntas desventajas que tiene la Región dentro de organismos como el CIADI, o si estos números simplemente responden a una mayor cantidad de violación de los acuerdos de inversión por parte de la Nación en cuestión, lo que obviamente se traduciría en un mayor dígito de reclamaciones. Este estudio, por motivos de espacio, lo dejamos en manos de quienes nos honran al leer el presente trabajo.

Además de ello, vemos que en la Región hay una preocupación bastante generalizada, que concurre con las críticas realizadas por otros Estados externos, sobre los arbitrajes de inversión tal como se dan hoy en día; esto dejando de lado las consideraciones sobre a qué responde esta evaluación país por país, si a cuestiones de conveniencia por una política de incumplimiento de Tratados de Inversión por parte del Estado, o a un análisis objetivo del sistema. De nuevo, este juicio de valor lo encomendamos a nuestros lectores.

En cuanto a las propuestas actuales que cada Estado ha venido desarrollando, en primer lugar, nos encontramos a Perú. Teniendo en cuenta que ya el tema fue mencionado en el apartado anterior, nos limitaremos ahora a refrescar brevemente que, Perú ha optado, principalmente, por la prevención y la búsqueda de medios alternativos para resolver el conflicto antes de que llegue a un tribunal arbitral, con la creación del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI) que, según la Ley mediante la cual se crea⁵⁰, tiene los siguientes fines:

(...)

⁴⁹ CIADI, Consultado el 30 de octubre de 2020 en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>

⁵⁰ Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión del 15 de diciembre de 2006 (República del Perú). Disponible en: https://www.mef.gob.pe/NORLEGAL/leyes/Ley_28933.pdf

- a) Optimizar la respuesta y coordinación al interior del sector público frente a las Controversias Internacionales de Inversión, permitiendo una oportuna y apropiada atención.
- b) Centralizar la información de los acuerdos y tratados en materia de inversión suscritos por el Estado peruano que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.
- c) Establecer un mecanismo de alerta frente al surgimiento de cualquier Controversia Internacional de Inversión.
- d) Centralizar la información respecto a las Controversias Internacionales de Inversión que se susciten.
- e) Definir el procedimiento de coordinación entre las Entidades Públicas involucradas en una controversia.
- f) Internalizar los costos generados por las Entidades Públicas involucradas en una controversia.
- g) Estandarizar en la medida de lo posible, las cláusulas de solución de controversias a incluirse en los acuerdos y tratados en materia de inversión bajo el ámbito de la presente Ley.

Continuando con la premisa de prevenir las controversias, nos encontramos la postura bastante particular que tiene Brasil respecto al tema. Usamos este adjetivo ya que, aparte de apostar por la prevención y la resolución amistosa, plantea dar un gran giro al sistema actual –donde la controversia se suscita entre un inversor extranjero y un Estado receptor– sustituyéndolo por un mecanismo de arbitrajes interestatales, entre el país fuente y el receptor⁵¹.

Esta propuesta ya está siendo implementada por su autor desde el 2015, donde, hasta ahora, contabilizamos al menos doce convenciones de este tipo, a las que denominan “Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones” – o ACFI, por sus siglas– que han suscrito con los siguientes Estados: Angola, Colombia, Chile, Ecuador, Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, Guyana, Malawi, Marruecos, México, Mozambique, Perú y Surinam.

El contenido de estos Acuerdos contempla un sistema singular de resolución de controversias, basado en la prevención y resolución amistosa de las mismas, mediante la creación de un ombudsman en cada Estado y un Comité conjunto de ambos países, y en último término, en un mecanismo de arbitraje interestatal⁵².

Otro aspecto relevante en estos Acuerdos, es que “(...) con diferente redacción, los preámbulos de los tratados reconocen que el Estado tiene autonomía

⁵¹ CNUDMI. *Documento presentado por el Gobierno de Brasil...*

⁵² Enrique Fernández Masiá y Margherita Salvadori, “Lo que se está discutiendo...”

para implementar políticas públicas o puede ejercer su derecho de regular para lograr objetivos de políticas públicas en salud, seguridad o medioambiente.”⁵³.

Además, es de destacar el hecho de que, como ya habíamos mencionado *supra*, “(...) la estructura de estos ACFI ha sido tomada como modelo por parte del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR de 2017. En consecuencia, el modelo brasileño se ha regionalizado (...)”⁵⁴.

Por su parte, Costa Rica, al igual que Chile, apuesta por mantener el sistema actual de resolución de controversias de inversión, realizando las reformas que sean pertinentes para hacer frente a las problemáticas que este acarrea. Así lo ha dejado ver en Comunicación al Grupo de Trabajo III, al plantear en su párrafo cuarto que:

4. En nuestra opinión, y como también lo han expresado otros Miembros en reuniones anteriores, cualquier debate del Grupo de Trabajo III deberá examinar la manera de lograr un equilibrio entre las partes en la controversia, así como los medios para fomentar la rendición de cuentas, la seguridad jurídica y la buena gobernanza del proceso de arbitraje⁵⁵.

Esto, así como el anexo I de las Observaciones del Gobierno de Costa Rica en el marco del 37º período de sesiones del Grupo⁵⁶, hacen ver que este Estado lo que plantea es una serie de reformas puntuales que, en su opinión, blindarían el sistema actual sin sustituirlo por completo.

En cuanto al planteamiento que hasta ahora ha incluido al debate el Estado de Colombia, más que comprender soluciones particulares, lo que hace es tomar como base el trabajo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en la negociación de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios –MLI por sus siglas en inglés– tal como lo expresan en Comunicación al Grupo de Trabajo III en el marco de su 38º período de sesiones:

32. Colombia considera que replicar el modelo MLI puede conducir a un resultado multilateral rápido y plausible para implementar las soluciones previstas por

⁵³ Magdalena Bas Vilizzio, “Acuerdo Mercosur-Unión Europea...”

⁵⁴ Enrique Fernández Masiá y Margherita Salvadori, “Lo que se está discutiendo...”

⁵⁵ CNUDMI, *Comunicación del Gobierno de Costa Rica*, 31 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.178, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.178>

⁵⁶ CNUDMI, *Observaciones del Gobierno de Costa Rica*, 22 de marzo de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.164, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.164>

el Grupo de Trabajo III, gracias a su alto grado de flexibilidad. Este modelo podría ayudar al desarrollo de las discusiones a través de una metodología que aborde cada asunto.

33. En esta propuesta Colombia no presenta una solución para cada preocupación expresada por los Estados miembros sino una metodología sobre cómo abordar cada una de esas preocupaciones de una forma efectiva para avanzar. Los asuntos sustantivos deberían ser el resultado de las próximas discusiones que sostendrán los Estados miembros de la CNUDMI, pero en todo caso, este procedimiento podría brindar espacio para un compromiso constructivo⁵⁷.

Ecuador, por otro lado, plantea como temas trascendentes la posibilidad de que se puedan revisar los laudos arbitrales, la necesidad de asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros y la inclusión dentro de los procesos de arbitraje de inversiones de otras partes con un interés legítimo en la causa. Para ello, proponen la adopción de un instrumento multilateral que trate, en cuanto a procedimiento, todo lo relativo a arbitrajes de inversión. Al igual que Colombia, ven como referencia factible la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios y, además, la Convención de Mauricio⁵⁸.

De todo lo explayado hasta este punto, es factible observar que algunas de las economías importantes de América Latina –con excepción de Brasil– están a favor de dar continuidad al sistema de resolución de disputas entre inversor y Estado actual, realizando claro las reformas necesarias para su asentamiento como una vía equilibrada, transparente y fiable para conocer de estas controversias.

Al respecto, vemos como incluso Argentina, encabezando la lista de países contra los cuales más reclamaciones se han llevado ante el CIADI, sigue celebrando –o al menos lo hizo durante el Gobierno de Mauricio Macri– Tratados Bilaterales de Inversión, manteniéndose dentro del régimen actual de resolución de controversias, e incluso sumergiéndose más en él con estos nuevos acuerdos⁵⁹.

Como fue expuesto, han surgido ya en la Región, propuestas de creación de nuevos organismos, como el de la UNASUR o el MERCOSUR, que no han llegado, al menos hasta los momentos, a buen término. Aunado a esto, todo pareciera indicar que Brasil, siendo una de las mayores potencias no solo atrayendo

⁵⁷ CNUDMI, *Comunicación del Gobierno de Colombia*, 14 de junio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.17, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.173>

⁵⁸ CNUDMI, *Comunicación del Gobierno de la República de Ecuador*, 17 de julio de 2019, A/CN.9/WG.III/WP.175, <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.175>

⁵⁹ Magdalena Bas Vilizzio, “Acuerdo Mercosur-Unión Europea...”

inversiones al subcontinente, sino además como país fuente de estas, podría tener la voz de mando al momento de establecer algún mecanismo regional que buscara reemplazar los ya existentes, o al menos generar alguna alternativa. Esto es algo que ya se ha hecho notar en el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur firmado en 2017, el cual ya se trató en párrafos anteriores.

Además de lo anterior, se hace imperante en este espacio dedicar un fragmento a alertar sobre la crisis que sufre nuestra Región en su proceso de integración. Esto ha quedado plasmado en estudios como el del Real Instituto Elcano, donde, entre sus conclusiones, el autor sentencia tajantemente:

La primera conclusión de un trabajo como éste debería ser que la integración regional está en crisis y que todos, o al menos los principales, gobiernos de la región deberían impulsar una discusión profunda en torno a las características que debería tener un proceso como éste⁶⁰.

Esto lo atribuye a una serie de trabas, las cuales, compartimos el criterio, se han convertido en la regla dentro del proceso de integración de América Latina. El autor las enumera como:

- i. La retórica de la no integración, donde los Gobernantes, con un discurso mayormente político y con tono auto-exculpatorio, buscan justificar los escasos logros en la poca cantidad de tiempo que supuestamente ha tenido el proceso y, atribuir los fracasos a la intervención de agentes externos como Estados Unidos.
- ii. El exceso de nacionalismo, que ha permeado en gran parte, en América Latina, todas las ideologías políticas, “(...) incluyendo aquellas “más internacionalistas”, como el marxismo o el liberalismo (...)”⁶¹ y que ha distorsionado enormemente la idea de soberanía en la Región.
- iii. La falta de liderazgo, donde los Gobiernos llamados a ejercerlo, parecen no querer asumir de lleno los costos de liderar un proceso así. Esto en contraste con el surgimiento de falsos liderazgos como el del fallecido presidente Hugo Chávez, que, aunque tuvo ciertos triunfos en su campaña para hegemonizar

⁶⁰ Carlos Malamud, “Integración y cooperación regional en América Latina: diagnóstico y propuestas”, *Documento de Trabajo 15/2015*, Real Instituto Elcano, 26 de octubre de 2015), <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/3d13cd804a592a37adfbaf207bacc4c/DT15-2015-Malamud-Integracion-cooperacion-regional-America-Latina-diagnostico-propuestas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3d13cd804a592a37adfbaf207bacc4c>

⁶¹ Carlos Malamud, “Integración y cooperación...”

la integración, terminó por ser rechazado por buena parte de los países de la Región.

Aunque, lamentablemente, el presente trabajo no da abasto para desarrollar este punto en particular a profundidad, es necesario tenerlo en cuenta como un elemento clave a la hora de analizar nuestra situación, y tratar de echar un vistazo a lo que podría ser el futuro de América Latina en la materia.

Considerando todo lo hasta ahora desarrollado, somos de la opinión de que, al menos en un futuro cercano, no parece factible el establecimiento de un órgano regional que integre a todos los países, o al menos buena parte de estos. Lo anterior probablemente se traducirá, como ya hemos visto con el intento de la UNASUR o el del MERCOSUR, en una multiplicidad de tentativas subregionales entre los aliados naturales de nuestro territorio, que, sin ánimos de ser prejuicios, posiblemente terminen en fracasos, totales o parciales.

Siendo así, parece previsible la permanencia –dentro del futuro cercano al menos– de la mayoría de países de la Región, en el sistema actual de resolución de disputas entre inversor y Estado; esto al menos que Brasil tome las riendas y su propuesta se imponga, cuestión que, si bien no vemos como la opción más probable, sería factible dentro de las condiciones indicadas.

VI. Consideraciones sobre Venezuela, su situación actual y a futuro frente al arbitraje de inversión

Lo primero a recordar sobre el caso venezolano es que, en fecha 24 de enero de 2012, el Estado denunció la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; lo cual surtiría efecto, según lo dispuesto en el Artículo 71 del Convenio, seis meses después del recibo de la notificación de Venezuela, es decir, el 25 de julio de 2012⁶². Esto, alegando, principalmente, la falta de imparcialidad de los tribunales arbitrales constituidos bajo las normas del CIADI, así como la defensa de su soberanía para intervenir en la economía –siguiendo en parte las críticas que han sido tendencia a nivel internacional contra el sistema.

Tal como fue mencionado con anterioridad, contra Venezuela se han introducido 49 reclamaciones ante el CIADI. De estas, aproximadamente 26 casos han sido resueltos, donde el Estado venezolano ha sido condenado en al menos 13 de ellos.

⁶² CIADI, *Venezuela presenta una notificación bajo el Artículo 71 del Convenio CIADI*, 26 de enero de 2012. Consultada el 30 de octubre de 2020 en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/venezuela-presenta-una-notificacion-bajo-el-articulo-71-del-convenio>

La inmensa mayoría de estas reclamaciones “(...) se iniciaron a partir del 2006. En especial, entre el 2010 y el 2012 se registraron más de la mitad de todos los casos, en concreto, veintitrés (23) casos.”⁶³.

Es importante resaltar, respecto a los laudos que se han dictado en contra de Venezuela, que:

(...) los casos en los cuales se ha concluido que Venezuela violó el TBI aplicable, no se han basado en la valoración del mérito u oportunidad de la medida adoptada por el Estado venezolano, sino más bien, en el cumplimiento objetivo de los estándares de revisión establecidos en el Tratado, muy en especial, el estándar expropiatorio. En relación con ese estándar, se observa que –como regla– los Tribunales Arbitrales han orientado su examen a determinar si ha habido expropiación y, de ser, el caso, si esa expropiación estuvo precedida de la previa indemnización.

La visión del Gobierno de Venezuela ha sido otra. Así, la denuncia a la Convención CIADI se fundamentó en la incompatibilidad general del arbitraje internacional con la soberanía del Estado para adoptar medidas económicas, lo que pretendió justificarse en el artículo 151 de la Constitución. Por su parte, la Asamblea Nacional, en Acuerdo de 26 de junio de 2012, ratificó que el Convenio CIADI atentaba contra de la soberanía nacional⁶⁴.

La posición crítica del Gobierno venezolano quedó asentada en la “Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva”⁶⁵ que –dejando a un lado las consideraciones sobre su legitimidad– establece:

Artículo 6. Las inversiones extranjeras quedarán sujetas a la jurisdicción de los tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes venezolanas.

Siempre que se hayan agotado los recursos judiciales internos y se haya pactado previamente, la República Bolivariana de Venezuela podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y el Caribe, así como en el marco de otros esquemas de integración.

Otra cuestión a tener en cuenta es que, a pesar de la denuncia a la Convención del CIADI, al menos hasta el 2016, “(...) Venezuela no ha denunciado

⁶³ José Ignacio Hernández, “Balance y perspectivas del Arbitraje Internacional de Inversiones”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 10 (2016), <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/11/Balance-y-perspectivas-del-Arbitraje-Internacional-de-Inversiones-JIHG.pdf>

⁶⁴ José Ignacio Hernández, “Balance y perspectivas...”

⁶⁵ Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva del 28 de diciembre de 2017 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.310 del 29 de diciembre de 2017).

los TBI suscritos (...) Con lo cual, el efecto práctico de la denuncia a la Convención CIADI es bastante reducido, pues, en suma, la oferta de arbitraje contenida en los TBIs vigentes se mantiene (...)”⁶⁶.

Lo que cambia, en los casos interpuestos luego de haber entrado en pleno vigor la denuncia de Venezuela –como efectivamente lo hizo– sería el mecanismo de esta Institución al que podría acudir el inversor; siendo que, según lo que dispone el artículo 25 del Convenio del CIADI⁶⁷, para poder introducir un reclamo ante sus tribunales arbitrales, ambos Estados –tanto la fuente como el receptor– deben ser partes contratantes de este Tratado.

En el caso venezolano, lo que correspondería ahora que Venezuela ya no se considera parte contratante, es someter la disputa al mecanismo complementario del CIADI en virtud del artículo 2 de su Reglamento⁶⁸ o, en caso de no ser ninguno de los dos Estados parte contratante, tendría que acudir a un tribunal arbitral ad hoc, que bien podría ser establecido según las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Cabe destacar que todo esto quedaría a disposición de lo que regule específicamente el tratado de inversión que aplique al caso.

Además, está claramente obligada de República “(...) a acatar las normas de procedimiento y ejecución establecidas en la Convención CIADI; aún si dichos arbitrajes fueran decididos vencido el plazo de seis (6) meses de prórroga”⁶⁹ en aquellos arbitrajes que están en curso desde antes de la denuncia a la Convención, e incluso en los iniciados durante los seis meses de prórroga que se establecen, posteriores a la fecha de la recepción de la denuncia por el Banco Mundial.

A manera de conclusión, la primera observación que se vuelve imprescindible realizar, es el contexto político-económico que atraviesa Venezuela, donde –sin rebajarnos en este trabajo a enunciar sus particularidades– se ha atentado sistemáticamente en contra del capital privado y, en especial, del extranjero.

Siendo esto así, y en vista de que el auge de las reclamaciones contra Venezuela en el CIADI surgió como respuesta al afianzamiento en la implementación de políticas de expropiación en el país, se hace evidente que, la denuncia al

⁶⁶ José Ignacio Hernández, “Balance y perspectivas...”

⁶⁷ Convenio CIADI, Reglamento y Reglas (CIADI/15)

⁶⁸ CIADI, *Reglamento del Mecanismo Complementario (CIADI/11/Rev. 1)*, 2003. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Addl_2003_Spanish.pdf

⁶⁹ Roland Pettersson Stolk, “*La Salida de Venezuela del CIADI: Sus efectos jurídicos desde el punto de vista de la Inversión Extranjera*” Badell & Grau, 2012, <https://www.badellgrau.com/?pag=17&ct=1153>

Convenio mediante el cual este centro de resolución de disputas fue creado, responde más a las condiciones políticas actuales de nuestro territorio —donde con mala fe se busca en mayor parte es eludir responsabilidades—, que a una crítica objetiva, de carácter científico, de las normas que rigen a los Tribunales Arbitrales constituidos bajo este Tratado o de la forma en que estas son implementadas en la práctica.

Teniendo esto en consideración y recordando que, como ya fue desarrollado, la experiencia de Venezuela dentro del CIADI podría considerarse positiva —siendo que en la mayoría de casos que ha sido condenada, la misma responde más que a otras cuestiones, a criterios objetivos fijados en los tratados de inversión— no sería de descartarse que nuestro país, una vez sea superada la crisis que nos aqueja, emprenda en la tarea de reincorporarse como Estado parte de este Convenio y, ¿por qué no? contribuya en las reformas necesarias para que las críticas actuales sean superadas, e incluso para el proceso de integración de América Latina en esta materia. Quizá nuestro presente sea turbio, y se aprecie ausente de claridad, pero una vez sea superada esta etapa —porque todo se supera— quedaremos de pie frente a un océano de posibilidades. *Alea iacta est.*

Causas extrañas no imputables y teoría de la imprevisión con especial atención al contrato de obras. Tutela judicial

Juan José Figueroa Torres*

pp. 163-189

Recibido: 08 oct 2021

Aceptado: 19 dic 2021

Sumario

I. Introducción | II. El cumplimiento de las obligaciones en general y el caso particular de las obligaciones principales del contrato de obras | 1. El cumplimiento de las obligaciones en general. Caso de incumplimientos | 2. Contrato de obras. Obligaciones principales | III. Las causas extrañas no imputables | 1. Concepto y generalidades | 2. Alegación y carga probatoria | 3. Efectos de la causa extraña no imputable | a. Efectos clásicos | b. Excepción de incumplimiento | c. Obligación de actuar de buena fe | d. Restitución y temas relacionados | 4. Caso especial de las obligaciones principales del contrato de obras | 5. Tipos de causas extrañas no imputables | 6. ¿Qué hacer ante la presencia de una causa extraña no imputable que afecte el cumplimiento de la obligación contractual? | IV. Teoría de la imprevisión | 1. Generalidades | 2. *Pacta sunt servanda* | 3. *Rebus sic stantibus* | 4. Premisas en favor y en contra de la imprevisión |

* Abogado egresado de la UCAB (1997). Egresado del IESA, de los Programas Avanzados de Gerencia (2019) y Gerencia para Abogados (2005). Maestría de Gerencia Tributaria de la Empresa de la Universidad Metropolitana. Miembro de la lista de árbitros y mediadores del CEDCA y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Socio del Escritorio HEXA-Legal.

5. Tutela judicial de los derechos | a. Remedios de la imprevisión | b. Título jurídico sustantivo | c. Principios de buena fe y equidad | d. Ausencia de causa sobrevenida | e. Abuso de derecho | f. Pretensión, poder jurisdiccional de fondo y cautelar | 6. Alegación y carga probatoria | 7. Algunas particularidades del contrato de obras en aplicación de la imprevisión | a. Supuesto especial del contrato de obras en el que está prohibida la imprevisión. Casos posibles por argumento en contrario | b. Caso especial de los contratos de administración delegada | c. Renegociación de buena fe | 8. Breves notas en relación con contratos de obras pública con entes del Estado | V. Conclusión

Causas extrañas no imputables y teoría de la imprevisión con especial atención al contrato de obras. Tutela judicial

Resumen: La pandemia Covid-19 ha impactado al mundo, a las personas y a los negocios. En Venezuela, diversos factores distintos a la pandemia impactan también en el giro ordinario de los negocios: la falta de gasolina y la abundante regulación en el marco del decreto de alarma, la emergencia económica y los temas relacionados al “antibloqueo”. Todos estos temas, en general, representan un reto para los empresarios y pueden constituir causas extrañas no imputables u obstáculos que afectan la buena marcha de los negocios, con impacto negativo en los resultados económicos esperados, con especial énfasis en el contrato de obras en particular, público o privado. En este trabajo, se analiza la teoría general sobre las causas extrañas no imputables y la imprevisión, con especial atención sistemática en el importante contrato de obras, sus efectos y paliativos, así como la tutela judicial en casos de imprevisión.

Palabras Claves: Fuerza mayor | Imprevisión | Contrato de obras | Tutela judicial.

Force majeure and hardship theory with special focused on the construction agreements. Judicial protection

Abstract: The Covid-19 pandemic has impacted the world, people and businesses. In Venezuela, various factors other than the pandemic also impact the ordinary course of business: lack of gasoline, and abundant regulation within the framework of the alarm decree, the economic emergency and now the issues related to "anti-blockade." In general, all these issues represent a challenge for businesses and may constitute force majeure events that affect business, with a negative impact on the expected economic results. This paper addresses the force majeure and hardship theories, with systematic emphasis on the works contract, its effects and palliatives.

Key Words: Force majeure | Hardship | Construction agreements | Judicial Protection.

I. *Introducción*

Los acontecimientos extraordinarios del mundo de hoy afectan indiscutiblemente el giro ordinario de los negocios.

El concepto de causa extraña no imputable, incluyendo conceptos como fuerza mayor o caso fortuito, dejó de ser equivalente a ejemplos hipotéticos de las clases de la facultad de derecho o a cláusulas desusadas de los contratos, para convertirse en hipótesis concretas, y en análisis de afectación y de consecuencias entre los sujetos de derecho.

La pandemia Covid-19 se convirtió en el ejemplo por excelencia de lo que se considera como caso fortuito o fuerza mayor en el mundo. Hoy podría considerarse un hecho desencadenante que pueda llevar a una parte en un determinado contrato a invocar la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Por consecuencia de la pandemia, los Estados del mundo han dictado una serie de medidas extraordinarias, de carácter legal y sublegal, que afectan a los operadores jurídicos, que constituyen también hechos del príncipe o actos de autoridad.

A la misma vez, la situación de Venezuela está afectada por factores adicionales a los expuestos, que también impactan a las personas y sus negocios, tales como la falta de gasolina, luz y agua potable, lo que viene a constituir en algunos casos el hecho de un tercero o de la propia parte co-contratante.

Finalmente, producto de las incertidumbres y de las afectaciones propias de todas las circunstancias anteriores, también se han producido circunstancias que afectan la buena marcha de los contratos por conductas imputables al acreedor o, en el caso de las relaciones extracontractuales, por culpa de la víctima.

Los anteriores enunciados, que pueden constituir casos prácticos y recurrentes hoy en día en Venezuela y en el mundo, constituyen hechos extraordinarios, que dependiendo del momento de su acaecimiento, de su imprevisibilidad o del grado de afectación a los negocios, entre otros, podrían constituir causas extrañas no imputables o erigirse como supuestos de la teoría de la imprevisión, según el caso y el grado de impacto.

Sobre tales aspectos tratará este artículo y a la misma vez, con el propósito de darle mayor sentido práctico, concatenaremos esos conceptos generales y de forma sistemática con el particular contrato de obras.

II. El cumplimiento de las obligaciones en general y el caso particular de las obligaciones principales del contrato de obras

1. El cumplimiento de las obligaciones en general. Caso de incumplimientos

La regla general es que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas y, en caso de contravención, la parte que incumple debe a la otra parte daños y perjuicios.

La regla anterior está contenida legalmente en el artículo 1264 del Código Civil, que lee así:

Art. 1264: Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención.

Maduro Luyando señala que esta norma contiene las dos formas básicas de cumplimiento de una obligación: Por una parte, el “cumplimiento en especie, que consiste en la ejecución de la obligación tal y como fue contraída”, por la otra, “el cumplimiento por equivalente....que consiste en el pago de los daños y perjuicios causados al acreedor por el no cumplimiento en especie de la obligación”¹.

2. Contrato de obras. Obligaciones principales

El contrato en general es un negocio jurídico bilateral que requiere la manifestación de voluntad de por lo menos dos personas².

El artículo 1133 del Código Civil establece lo siguiente:

Art. 1133: El contrato es una convención, entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.

En ese contexto, analicemos el caso del contrato de obras. El artículo 1630 del Código Civil establece:

Art. 1630: El contrato de obras es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la otra se obliga a satisfacerle.

¹ Eloy Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, 1993), 65.

² Oscar Palacios Herrera, *Derecho de las Obligaciones* (Caracas: Álvaro y Nora, Librerías Jurídicas, 2013), 251 y siguientes.

Entonces, el contrato de obras es un convenio según el cual el contratista asume obligaciones de hacer para lograr un resultado: la obra. Como contrapartida el comitente o dueño de la obra pagará un precio al contratista³.

Las obligaciones principales del contratista son ejecutar la obra y entregarla, y las obligaciones principales de comitente o dueño de la obra son pagar el precio y recibir la obra.

Indudablemente que pueden haber muchas variantes en cuanto al alcance de las obligaciones de las partes en un contrato de obras, que dependerán de muchos factores, que incluye la entidad o envergadura de la obra. A título de ejemplo:

- i. Generalmente el contratista pone los materiales y hace la obra, pero puede ser el caso que todos o algunos de los materiales los ponga el comitente o dueño de la obra.
- ii. Podría ser el caso que el comitente ponga los materiales a través del contratista, quien ejerce esa tarea a través de un mandato, en cuyo caso estaríamos frente a un contrato de obras con prestaciones subordinadas de mandato o contratos gemelos, dependiendo de la entidad e importancia de las obligaciones entre unos y otros contratos.
- iii. Podría suceder que el contratista subcontrate a terceros para realizar toda o parte de la obra, en cuyo caso estamos frente a terceros denominados subcontratistas que pueden o no tener relación con el comitente, dependiendo de cada caso.
- iv. Podría suceder que el contratista no fuera más que un mandatario del comitente, cuya remuneración está representada en un porcentaje del costo de los materiales, en cuyo caso estaríamos frente a contratos de administración delegada, que es un tipo de mandato con prestaciones subordinadas de contrato de obra.

Lo anterior son unos ejemplos de casos específicos, incluso dentro de esas variantes, pueden cruzarse muchas otras que harían aún más complejas las relaciones.

A efectos del análisis, basta fijar el concepto de que en contratos de obras complejos pueden haber contratos marcos, de ingeniería, procura, construcción, y, en torno a ellos, otros convenios subordinados o relacionados, con vínculos

³José Luis Aguilar Gorrondona, *Contratos y Garantías* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012), 443 y siguientes.

entre unos y otros. Un entramado contractual que puede ser, tan sencillo o tan complejo, como sea necesario para acometer cada obra.

III. Las causas extrañas no imputables

1. Concepto y generalidades

Las causas extrañas no imputables son las excepciones a la regla general de cumplimiento en especie o por equivalente (artículo 1264 Código Civil), y, en el caso particular del contrato de obra, la excepción a cumplir las obligaciones de hacer la obra y pagar el precio, así como cualquier otra obligación secundaria o en ejecución el contrato.

La regla legal está contenida en el artículo 1271 del Código Civil, que establece lo siguiente:

Art. 1271: El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inexecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inexecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.

Al explicar las normas contenidas en los artículos 1264 y 1271 del Código Civil, Palacios Herrera enseña que la regla es que todo retardo en el cumplimiento de la obligación principal o secundaria genera daño resarcible a favor del acreedor; sin embargo, en cuanto a la eximente de responsabilidad nos enseña:

...si el deudor prueba que la causa de su incumplimiento, entendiéndose esta palabra no tan solo el hecho del incumplimiento total, sino cualquier clase de incumplimiento —tardanza en el cumplimiento, cumplimiento defectuoso, etc.— si el deudor prueba que el incumplimiento no le es imputable, queda libre de responsabilidad...⁴.

Conceptualmente las causas extrañas no imputables son obstáculos extraordinarios e irresistibles, sobrevenidos a la celebración del contrato, no imputables al deudor, con capacidad para interrumpir definitivamente o temporalmente, la ejecución del contrato, bien en sus contraprestaciones principales o secundarias.

En cuanto a sus características, Maduro Luyando nos enseña que las causas extrañas no imputables representan “...una imposibilidad absoluta para el

⁴ Palacios Herrera, *Derecho...* 449.

deudor de cumplir su obligación, imposibilidad que además de no serle imputable debe ser sobrevenida, debe ocurrir con posterioridad al surgimiento de la relación obligatoria...”⁵.

La fundamentación de la inimputabilidad del deudor en caso de incumplimiento de su obligación debido a la causa extraña no imputable es la ausencia de culpa. Toda la responsabilidad contractual se basa en la idea de la culpa⁶.

2. Alegación y carga probatoria

Las reglas generales sobre alegación y carga de la prueba están contenidas en los artículos 1354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, según los cuales (i) las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho; (ii) quien pida la ejecución de una obligación debe probarla; y (iii) quien pretenda que ha sido liberto de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

Es importante el tema de la carga de alegación y carga probatoria que tiene la persona que pretenda liberarse con fundamento en alguna causa extraña no imputable.

Esto lo destacamos, no sólo a nivel de un proceso judicial, nos referimos también a la fase de negociación natural ante estas situaciones inesperadas y en un tiempo prejudicial.

En efecto, cuando un contrato se ve afectado por causas extrañas no imputables que interceden en su buena marcha, debe transitarse por un proceso de negociación, tal como lo impone el principio de buena fe contractual.

En cualquier caso, bien en un proceso de negociación entre las partes de un contrato afectado por una causa extraña no imputable o bien en un proceso judicial donde se debata sobre el tema, quien alegue una excepción según la cual no cumplió con sus obligaciones por una causa extraña no imputable, debe alegarlo y probarlo: tanto la causa extraña no imputable, el grado de afectación al contrato y el nexo de causalidad entre uno y otro.

Un tema distinto es si la causa extraña no imputable, la afectación al contrato y el nexo de causalidad es un hecho notorio o es un caso relevado de pruebas (caso de normas jurídicas), lo que se determinará en cada caso, pero que en todo caso habría que alegar (hecho notorio) y argumentar la afectación (normas jurídicas).

⁵ Maduro Luyando, *Curso...* 186.

⁶Palacios Herrera, *Derecho...* 451.

Para probar la causa extraña no imputable, la afectación y el nexo de causalidad son admisibles todas pruebas, legales o libres. En estas situaciones extraordinarias que se viven actualmente, instamos a las partes de un contrato a dejar un rastro probatorio de las circunstancias extraordinarias que las afecten, con todos los instrumentos tecnológicos de los que se disponen hoy día.

Un punto a tener en cuenta y que podría variar el tema de la obligación de probar, tienen que ver con las particulares circunstancias producidas en medio de la pandemia mundial y la afectación particular de cada quien, que podría configurar supuestos de aplicación de la teoría sobre distribución dinámica de la carga de la prueba, cuestión compleja que no es el objeto de estas notas.

3. Efectos de la causa extraña no imputable

a. Efectos clásicos

El efecto fundamental es que la parte afectada queda relevada de su obligación contractual.

El obstáculo puede ser temporal o definitivo, parcial o absoluto. Ahora bien, habría que distinguir si el obstáculo sólo es temporal o si se perpetuará definitivamente en el tiempo, para determinar si este relevo justificado de cumplimiento es temporal o definitivo.

En los casos en los que el obstáculo sea temporal, la obligación quedará suspendida temporalmente también mientras lo impida el hecho extraordinario.

En el caso de obstáculo definitivo, la obligación se extingue. Puede suceder que el obstáculo sea temporal, pero que el contrato esté sujeto a un término que se vence antes de que el obstáculo cese, en cuyo caso la obligación también se extingue, si el término era esencial. Si el término no era esencial y en los casos de contratos de obra, puede el comitente otorgar una prórroga y el contratista exigir un término supletivo.

Pensemos en un contrato de obra, cuya ejecución se paraliza parcialmente con ocasión del decreto de alarma. En este caso, se suspenderían las obligaciones en los términos de dicho decreto. Sin embargo, si existiera un término esencial y se produce la paralización impidiendo el cumplimiento de la obligación dentro de ese término, esto lleva consigo entonces la extinción del contrato.

Asimismo, habría que distinguir entre los obstáculos que impiden el cumplimiento de parte de las obligaciones y aquéllos que impiden totalmente el cumplimiento de las obligaciones.

Hay que tener en cuenta que pueden darse una combinación de los supuestos explicados. Por ejemplo, un obstáculo temporal y parcial, en cuyo caso

se suspende el contrato sólo parcialmente; un obstáculo temporal y total, que conlleva a la suspensión total, pero no definitiva; un obstáculo que afecta parcialmente la obligación, pero de forma definitiva, en cuyo caso habrá que determinar la naturaleza de las obligaciones afectadas para determinar si se extingue o no la obligación; o un obstáculo definitivo y total, en cuyo caso se extingue totalmente la obligación.

En todo caso, la parte que incumple debe llevar a cabo todas las acciones necesarias para que su incumplimiento –de la índole que sea– tenga el menor impacto posible en la relación contractual, mitigando en la medida de lo posible el daño por la suspensión.

En el caso de un contrato de obra, por ejemplo, se procurará el cumplimiento de las obligaciones que sean posibles y las partes se contactarán en lo inmediato para establecer un mecanismo de acción conjunto en procura del menor daño en el desarrollo de la obra.

b. Excepción de incumplimiento

Recordamos lo señalado previamente sobre los tipos de obstáculos y sus consecuencias, pero debemos añadir que siendo el contrato de obras un convenio bilateral con contraprestaciones recíprocas, en caso que una parte, con justificación, no cumpla con su obligación, la otra parte, también con justificación, puede negarse a ejecutar la suya, ello en aplicación de la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*).

Cuando se hayan fijado fechas distintas para el cumplimiento de las obligaciones, en caso de situaciones de causa extraña no imputable, las partes tendrían que analizar sobre el grado de afectación del obstáculo, si es temporal o definitivo, y parcial o total, para entonces determinar hasta donde se cumple y hasta donde está justificado suspender el cumplimiento.

c. Obligación de actuar de buena fe

Cuando están en presencia de una causa extraña no imputable, las partes deben comunicarse inmediatamente, explicando a la otra la afectación, su grado y en lo posible intercambiar las pruebas del caso.

Deberán negociar de buena fe, buscando reorganizar las condiciones, para que se vean afectados lo menos posible la ejecución contractual y haya un control de daños efectivo.

Todo ello en aplicación de la norma rectora contenida en el artículo 1160 del Código Civil según la cual los contratos deben ejecutarse de buena fe.

d. Restitución y temas relacionados

La obra en el contrato de esta especie generalmente es indivisible; sin embargo, por su naturaleza toma su tiempo para la ejecución, y la causa extraña no imputable podría ocurrir durante esa ejecución.

Es importante tener en cuenta que podría operar la restitución de las prestaciones. Por ejemplo, pensemos en caso de obstáculos definitivos, que hagan terminar el contrato. Esto tendrá efectos restitutorios para el comitente, quien deberá recibir parcialmente lo hecho y pagar sólo hasta lo causado, por lo cual, si hubiera pagado más, tendría que recibir la diferencia. Pero, además, habrá consecuencias que se derivan de la terminación de la relación contractual. Analizando el tema de los materiales, por ejemplo, sucede que el contratista deberá restituir el material que sea propiedad del comitente, de ser el caso, o, por el contrario, si fuere propiedad del contratista, lo podría retirar del sitio de la obra.

4. Caso especial de las obligaciones principales del contrato de obras.

Atendiendo al fin perseguido por la prestación, las obligaciones en general se dividen en obligaciones de medio y obligaciones de resultado⁷.

Al respecto Acedo Sucre ha escrito lo siguiente:

...Los contratos pueden establecer obligaciones de medio, también llamadas obligaciones generales de prudencia y diligencia; u obligaciones de resultado, también llamadas obligaciones determinadas. Se incurre en incumplimiento, en el caso de las obligaciones de medio u obligaciones generales de prudencia y diligencia, cuando el deudor no actuó como “*un buen padre de familia*”, conforme al artículo 1270 del mismo código. En cambio, en el caso de las obligaciones de resultado u obligaciones determinadas, el incumplimiento se produce porque el deudor no logró la meta prometida, la cual ha de lograr, pues “*Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas*”, de acuerdo con el artículo 1264 de este código...⁸.

En el caso del contrato de obras, como vimos, las obligaciones principales son hacer la obra y pagar un precio. Ambas situaciones son obligaciones de resultado: lo que se quiere es la obra en sí por un precio.

⁷ Maduro Luyando, *Curso...* 55.

⁸ Carlos Eduardo Acedo Sucre, 01 de diciembre de 2020, “COVID 19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, *Blog de la Revista Derecho y Sociedad*, mayo de 2020, <https://www.derysoc.com/covid-19-fuerza-mayor-e-imprevisión-en-los-contratos/>.

La única forma en que se incumple una obligación de resultado, sin responsabilidad para la parte incumplidora, es por una causa extraña no imputable, ya que en esta especie no se valora la buena gestión o comportamiento de los contratantes a lo largo de la ejecución del contrato, sino que lo que importa es el resultado.

Esta situación es relevante también al analizar las situaciones de la imprevisión, que no son causas extrañas no imputables. Lo veremos más adelante.

5. Tipos de causas extrañas no imputables

Los hechos o circunstancias que pueden constituirse en esos obstáculos llamados causas extrañas no imputables pueden ser de diversa e infinita naturaleza.

La doctrina ha clasificado a las causas extrañas no imputables así:

- i. Caso fortuito o fuerza mayor (ver artículo 1272 del Código Civil). Caso típico y actual la pandemia Covid-19.
- ii. Hecho del príncipe o actos de autoridad. Normas imperativas. Caso típico y actual Decreto de Alarma.
- iii. Hecho de un tercero. Caso típico y actual la falta de gasolina.
- iv. Hecho del acreedor. Caso típico el comitente que cierra el inmueble donde se desarrolla la obra, aduciendo causa justificada por la pandemia, pero en días de flexibilización de una actividad autorizada.
- v. Pérdida de la cosa.

6. ¿Qué hacer ante la presencia de una causa extraña no imputable que afecte el cumplimiento de la obligación contractual?

Los contratos deben cumplirse en el marco de la buena fe (principio general del derecho establecido en el artículo 1160 del Código Civil).

En ese contexto, ante la presencia de un hecho que constituya una causa extraña no imputable que impida la ejecución de las obligaciones de un contrato, lo que recomendamos utilizar, como premisa básica, es el deber de cooperación entre las partes y buscar negociaciones de buena fe.

En términos prácticos, pensamos que esto se traduce en lo siguiente:

Primero, en una comunicación abierta, que comience por notificar a la otra parte las circunstancias, compartiendo con ella, en la medida de lo posible las pruebas que acrediten la afectación.

Segundo, hacer esfuerzos por tratar de determinar la afectación, en términos de temporalidad y ámbito, así como su implicación para el contrato, buscando mecanismos tendientes a mitigar los daños. Específicamente en el caso de contratos de obra, esto se traduce en fijar lo que haya que hacer para conservar la obra hecha, resguardar los materiales dispuestos; y, en caso que sea un obstáculo definitivo, reglamentar la terminación, fijando las entregas de la obra al comitente así como el pago o contraprestación del precio al contratista.

Asimismo se debe determinar el cuidado de los materiales, y su devolución, en caso que sean del comitente; o retiro de la obra, en caso que sean del contratista.

Algunas consideraciones adicionales a tomar en cuenta son las siguientes:

Generalmente los contratos de obra son conmutativos, pero si alguna contraprestación al contratista estaba asociado a un alea como la utilidad futura de la obra concluida, a esta parte no tendría derecho el contratista.

La mayoría de los contratos de obra complejos tienen disposiciones que regulan las situaciones ante causas extrañas no imputables; pues habría que aplicar y recurrir a esas reglas especiales y particulares para resolver la situación concreta y con base a las circunstancias que la rodeen.

En ese sentido, recomendamos la inclusión de cláusulas que regulen especialmente estas situaciones de causa extraña no imputable, mecanismos de avenimiento, juntas de controversias, comunicación y control de la situación.

Recomendamos también el diseño de cláusulas de resolución o resciliación expresa del contrato, total o parcial, para regular específicas circunstancias. Generalmente estas cláusulas están diseñadas para regular las consecuencias de casos específicos de incumplimientos culposos o dolosos en un contrato (sobre el tema y para el diseño correcto de este tipo de cláusulas recomendamos leer el trabajo de Gorrín)⁹.

Pensamos que nada obsta para que, a través de este mismo instituto — cláusula de resolución o resciliación expresa— pueda regularse la terminación parcial o total del contrato en caso de presentarse determinadas circunstancias, que pudieran constituir causas extrañas no imputables u obstáculos de importancia que impidan la buena marcha de ejecución de un contrato, independientes a la voluntad de las partes.

⁹ Guillermo Gorrín Falcón, “Desnaturalización de la cláusula de resolución expresa”, en *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, coord. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Asociación Venezolana de Derecho Privado, 2007), 432 y siguientes.

IV. Teoría de la imprevisión

1. Generalidades

La teoría de la imprevisión surge con el propósito de considerar y solucionar las situaciones extraordinarias, igualmente imprevisibles e irresistibles para las partes, sobrevenidas, no imputables al deudor y sin que éste esté en mora, que si bien no impiden el cumplimiento de las obligaciones asumidas, generan tal onerosidad excesiva que hace inviable económicamente el contrato, al menos para una de las partes.

El afectado debe invocarla inmediatamente para que no ocurra la aquiescencia del obstáculo y evidenciarla a su contraparte contractual paulatinamente mientras vaya produciéndose y permanezca los efectos.

En el contexto de la concepción de la teoría de la imprevisión, Mélich Orsini escribió sobre las circunstancias que justificaron su creación doctrinal y luego judicial, narrando el contexto histórico de su surgimiento —la crisis económica que siguió a la Primera Guerra Mundial— para concluir que:

...debería considerarse al deudor exonerado del cumplimiento cuando acontecimientos posteriores a la formación del contrato, que no se pudieron haber tenido en cuenta al tiempo de su celebración porque entonces eran imprevisibles, hubieran creado una situación tal, que exigirle al deudor el cumplimiento en tales circunstancias conduciría fatalmente a su ruina económica. Se intentaba introducir así la noción de excesiva onerosidad como un caso de “imposibilidad económica”, cuya admisibilidad o no por el juez se pretendía ver como una mera “cuestión de hecho”¹⁰.

Son infinitos los hechos o circunstancias que pueden configurar obstáculos que den sustento a la aplicación de la teoría de la imprevisión. Pueden ser incluso los mismos hechos o circunstancias que pudieran constituir causas extrañas no imputables, sin llegar a imposibilitar el cumplimiento total de las obligaciones.

Ahora bien, ocurre que en nuestro Código Civil no hay fundamento legal general y expreso que configure la teoría de la imprevisión, como sí está prevista legislativamente en muchos otros países, tales como Italia, Argentina, Bolivia, Paraguay y Perú, por citar algunos ejemplos¹¹, con especial atención de Francia,

¹⁰ José Mélich Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006), 436 y siguientes.

¹¹ Luciano Lupini Bianchi, “Notas sobre la teoría de la imprevisión en el derecho civil”, en *Homenaje a Aníbal Domínguez*, coord. por Irene de Valera y José Salaverria (Caracas: Ediciones Liber, 2008), 265 y siguientes.

que como bien me han apuntado, en la última reforma del Código Civil francés de 2016 se incluyó la imprevisión.

Esta ausencia de regla legal expresa en Venezuela genera debate.

Es preciso decir que en Venezuela sí está regulada la teoría de la imprevisión legalmente de forma especial para los contratos administrativos y en el ámbito del derecho marítimo. Sobre los primeros expresaremos un breve resumen más adelante, con especial atención al contrato de obra pública.

2. Pacta sunt servanda

En términos generales, en Venezuela rige el sacrosanto principio de *pacta sunt servanda*, que establece la intangibilidad del contrato, según el cual las obligaciones se cumplen fielmente según lo pactado. La regla legal que lo consagra es el artículo 1159 del Código Civil así:

Art. 1159: Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.

La pandemia Covid 19 lo vivido en el mundo durante 2020 constituyó un factor con especial influencia en el comportamiento humano, la economía y, por ende, el derecho.

En ese contexto, está de moda hablar en el foro, en la academia, gremios empresariales y en los distintos operadores económicos sobre la tesis de la imprevisión.

Además, en Venezuela también inciden factores determinantes adicionales, como es la falta de gasolina, las normativas derivadas del decreto de alarma así como toda la normativa excepcional contenida en los reiterados decretos de emergencia económica, que han tenido como corolario la emisión de la Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos¹².

En ese contexto, es importante destacar que el contrato de obras es uno de los pocos convenios que concede a una de las partes la posibilidad de revocación unilateral: al comitente se le concede la potestad de desistir de la obra (artículo 1639 del Código Civil), en cuyo caso tiene que pagar al contratista los gastos, trabajo y la utilidad.

¹² Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.583 Extraordinario del 12 de octubre de 2020. Hacemos mención a este cuerpo normativo como factor de incidencia en la práctica a los sujetos de derecho en Venezuela; independientemente de los vicios sobre su constitucionalidad, las competencias del órgano del cual emana o la invasión a la reserva legal por el objeto normativo que regula.

Como veremos, cuando estamos en presencia de la causas extrañas no imputables, el comitente no tiene que pagar la utilidad del contratista. Sostendremos también que lo mismo sucede en casos de imprevisión.

3. Rebus sic stantibus

En contraposición al anterior principio de *pacta sunt servanda*, está el que sostiene la imprevisión, resumido en la frase *rebus sic stantibus*, según el cual pueden cambiar los términos contractuales si cambian sustancialmente las condiciones económicas, en comparación a lo pactado y en relación a la mayor onerosidad que implica para las partes o para una de ellas, cumplir sus obligaciones contractuales como inicialmente fueron pactadas.

Este principio está contenido implícitamente en el mandato contenido en el artículo 1160 del Código Civil que establece:

Art. 1160. Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley.

A efectos de este trabajo es oportuno señalar que en Venezuela ha predominado la tesis de que los contratos es ley entre las partes y proscriben la imprevisión. Luego de la pandemia Covid 19, pensamos que esta tesis está, por lo menos, en revisión.

4. Premisas en favor y en contra de la imprevisión

El autor vanguardista en Venezuela sobre la teoría de la imprevisión fue Luis Felipe Urbaneja, quien presentó la tesis de “La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho privado”, en su discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el año 1972 (A efectos de este trabajo, las consideraciones sobre la tesis de Urbaneja fueron tomados del trabajo de Lupini Biachi¹³).

El argumento de Urbaneja para fundamentar la imprevisión giró en torno a la equidad y la buena fe, de acuerdo con el precepto fundamental ya copiado del artículo 1160 del Código Civil, además de la devenida ausencia de causa del contrato y el abuso de derecho.

Sin embargo, la idea no caló en su época por cuanto las circunstancias políticas y económicas vigentes eran de mucha estabilidad y eran muy raros los eventos u obstáculos que generasen la aplicación de la teoría. Además, estaba arraigado en el pensamiento jurídico la regla según la cual el contrato es ley entre

¹³ Lupini, *Notas*, 245 y siguientes.

las partes y no puede revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causales aceptadas por la ley, no siendo la imprevisión una de ellas.

Luego de Urbaneja, varios autores se han pronunciado a favor, entre quienes resalto a Morles y a Rodner.

En contra de la tesis de la imprevisión se pronuncia Acedo Sucre, quien se inclina por la intangibilidad del contrato, refiriéndose el instituto de la imprevisión con cautela y afirmando categóricamente que aplicar "...la teoría de la imprevisión implica beneficiar al obligado, sacrificando al acreedor..."¹⁴.

Además sobre el título jurídico de la teoría de la imprevisión para una acción judicial, Acedo Sucre concluye: "En Venezuela no hay ninguna norma que permite a un juez reformar un contrato"¹⁵.

En medio de estas dos posiciones, está la postura de Rodner, para quien en los contratos mercantiles internacionales en Venezuela se aplica la teoría de la imprevisión. Al respecto nos enseña:

Venezuela no tiene norma de derecho positivo interno que prevea la terminación o alteración del contrato por dificultad o excesiva onerosidad sobrevenida. Sin embargo, para el caso de los contratos mercantiles internacionales, en Venezuela se aplican los Principios Unidroit, los cuales como vimos, reconocen expresamente la posibilidad de dar por terminado o adaptar un contrato en caso de excesiva onerosidad que altere fundamentalmente el equilibrio del contrato...¹⁶.

Además, Rodner sostiene que, en ese contexto de contrato mercantil internacional, la imprevisión se aplica a los contratos bilaterales, onerosos y con obligaciones recíprocas, siendo el contrato de obras con todas esas características¹⁷.

Entre estas posturas, trataremos de fijar nuestra posición.

¹⁴ Acedo Sucre, *COVID*.

¹⁵ Acedo Sucre, *COVID*.

¹⁶ James-Otis Rodner, *El Dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 708.

¹⁷ James-Otis Rodner, Rodner, *Conferencia sobre la teoría de la imprevisión*, consultada el 7 de octubre de 2021 en: <https://universitasfundacion.com/es/eventos/teoria-de-la-imprevision/>

5. Tutela judicial de los derechos

a. Remedios de la imprevisión

Nos enseña Rodner que en los países donde tiene cabida la imprevisión, ésta tiene dos remedios diferentes: (i) la resolución (*rectius* resciliación) del contrato o (ii) el ajuste de las prestaciones del contrato para restablecer el equilibrio económico financiero afectado¹⁸.

Ya vimos como Acedo Sucre sostiene que en Venezuela no existe norma que faculte al juez para reformar un contrato.

La mayor atribución que le concede el legislador al juez en Venezuela es la interpretación de los contratos, con miras de las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe, en los términos y con las limitaciones establecidas en la parte final del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. De esta norma, en efecto como sostiene Acedo Sucre, no se deriva la facultad al juez para modificar los contratos.

b. Título jurídico sustantivo

Siguiendo la tesis de Urbaneja, nuestra opinión es que el título jurídico que habilita a un juez para resolver un asunto sobre la imprevisión es el artículo 1160 del Código Civil.

De forma sucedánea por devenir la ausencia de causa del contrato (artículos 1141 y 1157 del Código Civil).

Finalmente, también puede constituir un caso de abuso de derecho que dependerá de la buena o mala fe de las partes (único aparte del artículo 1185 Código Civil) y de cada caso.

Todo lo anterior sobre la base de la tutela judicial efectiva a la que tiene derecho todo justiciable según el artículo 26 Constitucional.

Veamos un caso hipotético con base en el cual formaremos el argumento: circunstancias de la imprevisión y un deudor sometido a situación extrema, quien quebraría su negocio si cumpliera las contraprestaciones contractuales por onerosidad excesiva, sin que mediara su culpa.

El encabezamiento del artículo 26 de la Constitución establece:

¹⁸ Rodner, *El Dinero*, 694.

Art. 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...

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 576 del 27 de abril de 2001, estableció en relación con la tutela judicial efectiva el siguiente precedente:

...La Constitución de la República en su artículo 26 consagra la garantía constitucional llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido como aquel, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía... Es, pues, la garantía jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano... para conseguir una decisión dictada conforme el derecho...

Dentro de la gravedad del caso hipotético expuesto y la garantía para acceder a los órganos jurisdiccionales para la tutela de sus derechos, consideramos que la imprevisión y sus consecuencias pueden ser fundamento de una causa judicial, el título o causa de pedir, bien para accionar o como una excepción de cumplimiento, a través del cual el justiciable puede pretender la terminación del contrato o la exigencia de modificación de las contraprestaciones para equilibrarlo.

Tomando especialmente en cuenta la tesis de Urbaneja y en el contexto grave expuesto, fundamentamos nuestra posición en los siguientes títulos jurídicos sustantivos:

c. Principios de buena fe y la equidad

Los contratos tienen que ejecutarse de buena fe y en consideración a la equidad, según lo hemos expresado precedentemente.

Entonces, en supuestos de la imprevisión, las partes están obligadas a negociar, de buena fe, con el propósito restablecedor y dentro del marco de la equidad.

Con base en lo expuesto y agotadas las instancias de negociación y siendo infructuosas éstas, el afectado puede accionar judicialmente (o en sede arbitral según el caso).

El título jurídico en este caso sería el artículo 1160 del Código Civil.

Si el demandado no conviene en la pretensión y el actor prueba las circunstancias de la imprevisión, la afectación y el desequilibrio oneroso, el juez (o

árbitro según el caso) en la definitiva deberá declarar procedente la demanda y en consecuencia el restablecimiento de la situación.

d. Ausencia de causa sobrevenida

Establece el artículo 1141 del Código Civil:

Art. 1141: Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son:

- 1.- Consentimiento de las partes.
- 2.- Objeto que pueda ser materia de contrato; y
- 3.- Causa lícita.

El encabezamiento del artículo 1157 del Código civil establece:

Art. 1157: La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto...

Cumplidos los supuestos de la imprevisión sobreviene una ausencia de causa en el contrato para una de las partes o para todas, según el caso.

La doctrina es conteste en afirmar que hay casos de ausencia de causas de manera sobrevenida, reconociendo en todos los ejemplos que utilizan que el factor coincidente en estos casos es la rebaja parcial o ausencia total de las contraprestaciones que dieron causa al negocio inicial para una de las partes (Maduro Luyando¹⁹ y Palacios Herrera²⁰).

En este sentido entendemos a la causa como fin inmediato por el cual se contrae una obligación²¹.

En la hipótesis que analizamos: devino la ausencia de causa, ya que el deudor no recibirá lo querido al momento que contrató y que lo motivó a ello, además cumplir su obligación le llevará a la quiebra; la consecuencia es la inexistencia del contrato por mandato de la norma contenida en el artículo 1141 en relación con lo dispuesto en el artículo 1157 del Código civil; y serán estas normas las que den sustento jurídico a la pretensión y constituirán la causa de pedir.

e. Abuso de derecho

Establece el único aparte del artículo 1185 del Código civil lo siguiente:

Artículo 1185: ...

¹⁹ Maduro Luyando, *Curso*, 425.

²⁰ Palacios Herrera, *Derecho*, 414.

²¹ Maduro Luyando, *Curso*, 405.

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.

Acedo Sucre en relación con la función social de los derechos, escribió que en "...Venezuela, sobrepasar, en el ejercicio de un derecho, las restricciones que impone la buena voluntad o la finalidad social de dicho derecho, es un hecho generador de responsabilidad civil..."²².

La norma consagratória del abuso de derecho, en Venezuela, establece dos modalidades: cuando el titular del derecho actúa de mala fe o cuando actúa fuera del fin del derecho, es decir, "...en exceso de los límites fijados por el objeto social del derecho..."²³.

En términos sencillos y en relación a esta distinción, Palacios Herrera nos enseña que el Código Civil considera al abuso de derecho bajo el criterio intencional y finalista, agregando que para "...determinar cuándo hay abuso de derecho, es necesario...determinar previamente los límites fijados para su ejercicio según los principios de la buena fe, o bien de la finalidad en vista de la cual le fue conferido al sujeto ese derecho..."²⁴.

En el contexto de los supuestos de imprevisión, cuando el acreedor negocia de mala fe y desde esa perspectiva impone su voluntad y procura que se le cumpla el contrato sin cortapisa, dentro del caso extremo de quiebra al que estaría expuesto una parte obligada a cumplir, que describimos al inicio de este capítulo, nosotros opinamos que estamos en presencia del supuesto clásico de abuso de derecho, en cuyo caso, es resarcible y quedará obligado a los daños y perjuicios.

Acedo Sucre sostiene la tesis que, en el caso de supuestos que constituyan imprevisión, las partes tienen derecho a negociar nuevos términos, aunque el acreedor siempre tendrá derecho a que se le cumpla el contrato en los términos pactados inicialmente; y añade que si el acreedor negocia de mala fe en la negociación al respecto, quedará obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que haya padecido el deudor por tal conducta²⁵.

²² Carlos Eduardo Acedo Sucre, *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en el derecho venezolano comparado con los derechos francés e italiano* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993), 178 y siguientes.

²³ Acedo Sucre, *La función*, 178

²⁴ Palacios Herrera, *Derecho*, 216.

²⁵ Acedo Sucre, *COVID*.

En estos casos se produce una responsabilidad objetiva en las que es irrelevante la culpa, en este caso del acreedor.

El deudor tendría derecho a exigir judicialmente (o en vía arbitral según el caso) la reparación de los daños y perjuicios por el comportamiento del acreedor en exceso del límite por el objeto social del derecho que tiene a que le cumplan el contrato. Ese sería el título jurídico o causa de pedir. Además, tendría derecho a exigir bajo el mismo título, la proscripción del hecho dañoso, como el cumplimiento del contrato, o bien solicitando la terminación o la adecuación de la ecuación económica financiera.

f. Pretensión, poder jurisdiccional de fondo y cautelar

En un proceso judicial o arbitral puedan utilizarse los argumentos referidos a los títulos jurídicos sustantivos expuestos en el número anterior, según los casos, bien de forma subsidiaria o acumulativa. Todo lo cual dependerá de cada caso y sus circunstancias.

Hemos expuesto las diferentes alternativas jurídicas para quien, afectado por la imprevisión, pueda por la vía de la acción o de la excepción, ejercer y tutelar su derecho.

Doctrinariamente se ha dicho que mientras se negocie sobre temas de imprevisión, el deudor no puede dejar de cumplir el contrato; en ese sentido, nosotros pensamos que si bien esa es la regla, nada impide que el afectado ejerza su acción y mientras transite el juicio ejercer una pretensión cautelar que, o bien suspenda la ejecución del contrato o diseñe una implementación que mitigue sus efectos y evite la ruina del deudor.

6. Alegación y carga probatoria

En el caso de la teoría de la imprevisión, los elementos que configuran el obstáculo, la afectación al giro ordinario del contrato y el nexo causal, así como su carga de alegación y probatoria en los términos de los artículos 1354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, como acción o excepción, quien pida la ejecución de una obligación debe probarla y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

En este aspecto, tiene aplicación exactamente lo que ya hemos expresado con ocasión de las causas extrañas no imputables (ver en este trabajo el punto III.2. precedente), y por motivo de brevedad nos remitimos a ello en cuanto sea

aplicable (cuando en el punto III.2 nos referimos a causas extrañas no imputables, deben entenderse como circunstancias que configuran la imprevisión).

7. Algunas particularidades del contrato de obras en aplicación de la imprevisión

a. Supuesto especial del contrato de obras en el que está prohibida la imprevisión. Casos posibles por argumento en contrario.

Establece el artículo 1638 del Código civil lo siguiente:

Art. 1638: Cuando un arquitecto o un empresario se han encargado de construir un edificio a destajo, conforme a un plano convenido con el propietario del suelo, no pueden pedir ningún aumento del precio, ni bajo pretexto de que el precio de la obra de mano o de los materiales han aumentado, ni bajo pretexto de que se han hecho al plano cambios o aumentos, si estos cambios o aumentos no han sido autorizados por escrito y al precio convenido con el propietario.

Este es un caso donde expresamente se prohíbe la imprevisión, cuyos supuestos son la construcción de un edificio, con precio fijo (destajo), de acuerdo con un plano convenido entre el contratista y el propietario del suelo, en cuyo caso no habrá aumento del precio bajo el pretexto del aumento de la mano de obra o de los materiales.

Esta norma tiene toda la característica de ser excepcional: (i) no es común en otros tipos de contratos, (ii) sólo regula supuestos taxativos muy específicos (construcción de un edificio a destajo de acuerdo con un plano, y se produzca aumento del valor de la mano de obra o los materiales). Así, en todos los otros casos cabe perfectamente la interpretación en contrario. Así lo sostiene la doctrina refiriéndose a casos excepcionales que no pueden extrapolarse como reglas generales²⁶.

Así, por argumento en contrario, en cualquier otro caso de contrato de obras con supuestos distintos a la excepción contenida en el artículo 1638 del Código civil, podría tener lugar la imprevisión.

A título de ejemplos: caso del contratista y el subcontratista (la norma protege al propietario del suelo por considerarlo inexperto en el negocio del contrato de obras, no a otro tipo de parte); caso de la medición del precio por medidas o escalatorias, distintas al precio fijo o sujetas a alguna variabilidad; caso en

²⁶ Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil* (Buenos Aires, Librería El Foro, 2003), 89.

que las variaciones o la necesidad de compensaciones sea por problemas de otro tipo: hidrológico o geológicos²⁷.

Puede haber una infinidad de combinación de factores para la fijación del precio por la obra. Lo relevante a efectos de los conceptos es la variación desorbitante de los costos que determinan su fijación entre que se pactó el contrato y su ejecución, insísimos producto de hechos novedosos ocurridos luego del contrato.

Valga la acotación: en Venezuela hace tiempo que la inflación o la devaluación de la moneda dejaron de ser circunstancias que constituyan imprevisión. Por la sencilla razón de que ya son previsibles.

Importante también dejar sentado que en caso que los contratos establezcan cláusulas de ajustes de precios, por diferentes métodos, no estamos en presencia de imprevisión, ahí se está en presencia de ejecución del contrato (Lupini y Rodner).

b. Caso especial de los contratos de administración delegada

Generalmente en el caso de contratos bajo la modalidad de la administración delegada, la obligación de poner los materiales y su costo está a cargo del comitente, y el contratista tiene derecho a cobrar un porcentaje del valor de tales materiales en el caso de que esté encargado por la procura por cuenta del comitente.

En estos casos se presentan contratos de obra con prestación subordinada de mandato, o contratos gemelos, o contrato de mandato con prestación subordinada de obras, dependiendo del grado de importancia de las contraprestaciones. Relevante la distinción a la hora de interpretarlos en aplicación de las normas legales para un tipo u otro de contrato.

En las normas atinentes al contrato de mandato, el riesgo es del mandante, podría decirse del comitente o dueño de la obra.

Entonces, en caso de variación exorbitante de las condiciones para la adquisición de los materiales y se cumplan hipotéticamente los supuestos de la imprevisión, el comitente o mandante, según sea, podría querer desistir justificadamente de la obra.

Aquí vemos dos posibles vertientes:

²⁷ Francesco Messineo, *Manuel de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, Relaciones Jurídicas Singulares*. Traducido por Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1995), 203.

Primero, si se aplica la imprevisión, el comitente tiene derecho a terminar la obra sin pagar daños, aunque estaría sí obligado a pagar al contratista lo debido hasta la terminación del contrato, sin la utilidad que hubiera podido prever en caso de terminación del contrato.

Segundo, si no se aplica la imprevisión, en aplicación del derecho común, el comitente siempre tiene derecho a terminar el contrato de obra en cualquier tiempo (artículo 1639 del Código Civil), siempre y cuando pague al contratista todos sus gastos, trabajo y la utilidad que hubiese podido obtener de la obra.

c. Renegociación de buena fe

Insistamos en el tema. Estando en algunos de los supuestos que configuren causas extrañas no imputables o que produzcan tales desequilibrios relevantes en la ecuación económico financiero del contrato y que justifiquen la aplicación de la teoría de la imprevisión, se impone la negociación entre las partes, participar a la otra parte de inmediato la situación especial por la que se atraviesa y si posible mostrarle las pruebas de la afectación. Esta recomendación aplica para contratos de obra privados o públicos.

Pueden las partes producto de esa negociación, suspender temporalmente el contrato, modificarlo o terminarlo de mutuo acuerdo.

8. Breves notas en relación con contratos de obras pública con entes del Estado

La teoría de la imprevisión está consagrada legalmente y para contratos bajo la égida de la Ley de Contrataciones Públicas y Ley Orgánica sobre la Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, en tanto y en cuanto medie interés público. (En Venezuela existe una basta bibliografía sobre el tema así como jurisprudencia. A efectos de estas breves notas sobre la imprevisión en materia de contratos administrativos nos guiamos por la posición de Badell²⁸.

Generalmente, los contratos de obras públicas son contratos administrativos porque está presente el interés general.

Con base en ese interés general, existen razones para impedir que el contrato no detenga su ejecución, aun cuando se vea afectado por factores exógenos

²⁸ Rafael Badell, *Conferencia sobre la teoría de la imprevisión*, consultada el 7 de octubre de 2021 en: <https://universitasfundacion.com/es/eventos/teoria-de-la-imprevision/>

—que no controlan las partes— y sobrevenidos, que puedan afectar la buena marcha de su ejecución, y, en especial, podrían generar un trastoque en la ecuación económico financiera del contrato en perjuicio del contratista.

El ente contratante en los contratos administrativos tiene dos grandes derechos que puede ejercer unilateralmente: primero, la terminación anticipada y en cualquier tiempo (que en el caso del contrato de obras públicas no es más que la extensión de una norma de derecho común o privado); y, segundo, el derecho a ampliar, disminuir o variar el objeto del contrato.

Por su parte el contratista tiene, como contrapartida, derecho a lo siguiente: primero, a una indemnización justa en caso de terminación anticipada del contrato, en cuyo caso tiene aplicación la norma de derecho común, según la cual se debe compensar pagándole al contratista el gasto y trabajo hecho así como la utilidad que preveía ganar; segundo, la revisión del presupuesto contractual para guardar o restablecer el equilibrio económico financiero (aplicación de la teoría de la imprevisión), sin distinción.

El ente contratante debe colaborar con el contratista para evitar, por cualquier vía, la suspensión de la ejecución de la obra.

Si bien no tiene derecho el contratista a suspender el servicio o el desarrollo de la obra por el no cumplimiento de las obligaciones del ente contratante; por aquello del interés general; sí tiene derecho a interponer una acción judicial y satisfacer una pretensión cautelar que lo proteja (al menos en teoría).

Para terminar, es importante destacar que los hechos que constituyan la imprevisión deben ser alegados y probados por quien los invoque, y que, siendo en los contratos de obra pública la fuente de la teoría de la imprevisión es legal, ésta se aplica esté o no contenida en el contrato administrativo de que se trate; y, por último, es irrenunciable.

V. Conclusión

En estas reflexiones hemos repasado conceptos elementales, que van desde la regla general según la cual las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, hasta las causas extrañas no imputables a las partes intervinientes de un contrato, que exoneran de responsabilidad por incumplimiento.

Hicimos una revisión práctica de aquellas situaciones que, sin llegar a ser causas extrañas no imputables, constituyen circunstancias imprevistas que hacen muy oneroso el cumplimiento de un contrato (teoría de la imprevisión), concluyendo que, con vista de las circunstancias extraordinarias actuales, tanto en el

mundo como en Venezuela, en el escenario de un caso extremo en que el cumplimiento del contrato conlleva a la quiebra del obligado, puede estar revelado de cumplir determinadas obligaciones sin incurrir por ello en daños y perjuicios.

Con el propósito de darle un giro práctico a estas reflexiones, utilizamos las implicaciones de esas teorías generales al especial contrato de obras, destacando particulares circunstancias en donde no tiene cabida la imprevisión, pero que por fuerza de argumentos en contrario, otros casos sí tiene relevancia.

La importancia de la buena fe ante circunstancias de causas extrañas no imputables o hechos que constituyan imprevisión, así como la comunicación fluida entre las partes, desde el primer momento de la manifestación extraordinaria de los hechos imprevisos, evitando la aquiescencia de los mismos, y procurando la estabilidad del contrato, su protección y cumplimiento.

Finalmente y en cuanto al difícil tema de la tutela judicial en casos de imprevisión, nosotros nos inclinamos a pensar y así concluimos, que la parte afectada y en una situación extrema, según la cual el cumplimiento de la obligación pactada implica su quiebra, está relevada de cumplir y tiene derecho a la suspensión del contrato, a la tutela judicial de sus derechos en ese sentido, y a la reparación de daños según el caso si hubo mala fe de su contraparte contractual. Concluimos que sí tiene título jurídico válido, siguiendo la tesis de Urbaneja.

Gorrín en sus clases de pregrado enseñaba que para solucionar cualquier discrepancia derivada de las relaciones obligacionales contenidas en un contrato, lo primero que habría que hacer era encontrar los desequilibrios y sus causas, y lo segundo era tratar de restablecerlos. Agregó: agotado el esfuerzo entre partes, el afectado siempre podrá recurrir a la vía judicial para su restablecimiento.

Vale la pena finalizar citando el pensamiento de Morles, conocedor como pocos del derecho mercantil, quien dejó esta sentencia: "...La discrepancia entre las palabras del contrato y el sentido común comercial se ha de solucionar a favor de éste..."²⁹.

²⁹ Alfredo Morles Hernández, *Curso de derecho mercantil. Tomo IV. Los contratos mercantiles* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004), 2268.

La Ley de Ciudades Comunales como colofón en el proceso de instauración del Estado Comunal Socialista

Alejandro González Valenzuela*

pp. 191-215

Recibido: 01 jul 2021

Aceptado: 13 dic 2021

Sumario

I. Introducción | II. Hacia el Estado Comunal Socialista | 1. Contexto | 2. La Constitución fachada | 3. El intento fraudulento y fallido de institucionalizar una “revolución socialista” | 4. La ilegítima edificación del Estado Comunal Socialista | a. Primera ola legislativa | b. Segunda ola legislativa | c. Tercera ola “legislativa” | 5. La arista ideológica: ¡Comuna o nada! | III. De la Ley de Ciudades Comunales como colofón en el proceso de instauración del Estado Comunal | IV. De la inconstitucionalidad de la “Ley de Ciudades Comunales” y del Estado Comunal que configura | 1. De la ilegítima pretensión de subordinar la voluntad constituyente a la voluntad legislativa y comunal | 2. La institucionalización de un Estado Comunal en Venezuela comporta el falseamiento ideológico de la Constitución | 3. ¿Puede cambiarse la organización territorial y la organización político-administrativa del Estado Constitucional mediante referendo comunal? | 4. Del entramado institucional de las ciudades comunales vs

* Miembro del Bloque Constitucional. Estudios de Post Grado: Derecho Administrativo (UCV); Derecho Constitucional (UCAB); Derecho Procesal Constitucional (UCAB); doctorando en el Doctorado, en Derecho (UCAB); Profesor, Post Grado, Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila.

el Estado Constitucional Democrático y la democracia representativa | 5. El pluralismo como causal de invalidación del ordenamiento comunal | V. Inconvencionalidad o ilegitimidad supraconstitucional de la Ley de Ciudades Comunes y del Estado Comunal que configura | 1. ¿Supraconstitucionalidad (externa) o bloque de la constitucionalidad? | 2. Supraconstitucionalidad (externa) y soberanía | 3. El carácter homogeneizador de la supraconstitucionalidad externa en materia de democracia y DDHH | 4. Ilegitimidad supraconstitucional o inconvencionalidad de la “Ley de Ciudades Comunes” | a. Por violar principios de ius cogens al modificar la Constitución sin apelar a la voluntad constituyente | b. Por violar principios de ius cogens al establecer un régimen discriminatorio en la participación comunal | c. Por violar principios de ius cogens al pretender menoscabar la forma del Estado mediante actos refrendarios | d. Por violar la Carta Democrática Interamericana que asume un compromiso con la democracia representativa y el pluralismo | VI. Conclusiones

La Ley de Ciudades Comunes como colofón en el proceso de instauración del Estado Comunal Socialista

Resumen: A partir del año 2006, la “revolución” muta de bolivariana a socialista, y comienza a deslindarse abiertamente de los objetivos programáticos y del proyecto político de la Constitución de 1999 (Estado Constitucional Democrático), con miras a consolidar su verdadero proyecto ideológico: el Estado Comunal Socialista. Desde ese momento, el proyecto comunal ha estado sujeto a diversas vicisitudes, que han comportado dilaciones y retrasos, en su ejecución, pero, nunca olvido; hasta el 23 de enero pasado, en el que se anunció el impulso final de este proyecto de vocación totalitaria, con la “Ley de Ciudades Comunes” y la “Ley del Parlamento Comunal”, ambas manifiestamente inconvenientes e inconstitucionales.

Palabras Claves: Estado Comunal Socialista | Ciudades comunes | Parlamento comunal | Estado Constitucional Democrático | Democracia representativa | Pluralismo.

The Communal City’s law as the culmination of the implementation of the Socialist Communal State

Abstract: Since 2006, the revolution mutated from bolivarian to a socialist, and begins to detach itself from the objective programmatic goals and the political project set in the 1999 Constitution (Constitutional Democratic State), aiming towards the consolidation of the real ideological project: the Socialist Communal State. Since then, the communal project has been confronted with a variety of upheavals, which have meant delays in its execution, however not forgotten up until the 23 of January 2021, when the final push for this totalitarian project was made through the Bill of Communal Cities, and the Bill of Communal Parliament, both openly unconstitutional and unconventional.

Key Words: Socialist Communal State | Communal cities | Communal parliament | Revolution | Constitutional Democratic State | Representative democracy | Pluralism.

I. **Introducción**

Con ocasión de la presentación del proyecto de reforma constitucional ante la Asamblea Nacional, en fecha 15 de agosto de 2007, el entonces presidente de la República, citando a Gramsci, y su noción de crisis orgánica¹, decía lo siguiente: “Que termine de nacer el nuevo Estado, y que termine de morir el viejo. (...); si no cambiamos la estructura, la vieja estructura, se volverá sobre nosotros y nos demolerá. O cambiamos la estructura, o se detiene el proceso revolucionario”².

El pasado 23 de enero, Nicolás Maduro, afirmaba: “Aspiro que la Asamblea Nacional apruebe antes del 24 de junio, la Ley del Parlamento Comunal para salir a elegir a los parlamentarios comunales, miles de diputados y diputadas de las Comunas. ¡Parlamento Comunal, compadre, eso va a ser bello!”; asimismo, sobre las ciudades comunales, señaló: “Aspiro igualmente que sea aprobado antes del 24 de junio la Ley de las Ciudades Comunales, nos hemos propuesto fundar y articular 200 ciudades comunales este año. ¡Poder, Poder, Poder Popular!”³.

Al mirar retrospectivamente las vicisitudes políticas de las últimas dos décadas, podemos observar que la refundación de la República para establecer una sociedad democrática en un Estado social de Derecho, nunca fue un propósito sincero para la “revolución”. Teniendo presente este contexto, en la primera (I) sección de este trabajo, argumentaré y aportaré evidencias, en el sentido de que la actual Constitución, ha sido para “la revolución”, una mera fachada, bajo la cual se solapa su verdadero proyecto político, el Estado Comunal, que los detentadores del poder vienen impulsando, abiertamente, desde el 2007. Asimismo, se demostrará que nunca han dejado de asumir tal proyecto político; que han sido las circunstancias políticas y sociales las que han ralentizado su plena ejecución, y; que, el actual contexto de pandemia, ha sido visto como una oportunidad para reimpulsarlo, con la “Ley de Ciudades Comunales” (que va a tener carácter de orgánica) y la “Ley de Parlamentos Comunales”, lo que sería la fase final de

¹ “Cuando algo está muriendo y no ha terminado de morir, y al mismo tiempo algo está naciendo y tampoco ha terminado de nacer” (cita de Chávez). En el Plan de la Patria 2012-2019, al hacerse referencia a la Agenda Alternativa Bolivariana (1996), se reconoce que en los líderes del movimiento (entonces, y por razones de mercadeo político, simplemente bolivariano), esta idea gramsciana, ya estaba presente: “el viejo modelo, sin embargo, se resiste a morir”.

² Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información, *Ahora la batalla es por el Sí* (Caracas: Biblioteca Construcción del Socialismo, 2007) https://www.uru.org/papers/2007_varios/Discurso_REFORMA_CONST_AN_FCh.pdf.

³ Etornointeligente, “maduro pide a la AN acelerar aprobación de Ley del Parlamento Comunal y de Ciudades Comunales antes del 24 de junio”, *EntornoInteligente*, s/f, acceso el 01 de julio de 2021, <https://www.entornoInteligente.com/maduro-pide-a-la-an-acelerar-aprobacin-de-ley-del-parlamento-comunal-y-de-ciudades-comunales-antes-del-24-de-junio/>.

dicho proyecto. También, se hará referencia a la tentativa fallida de institucionalizar el Estado Comunal (reforma constitucional, 2007), y; a la ilegítima legislación que lo ha venido edificando; a cuyo efecto, la arista ideológica ha sido determinante, según se demostrará.

En la sección siguiente (II), se hará referencia a los contenidos más relevantes de la “Ley de Ciudades Comunales”⁴, y específicamente, a su exposición de motivos, en la que se señala expresamente que tal iniciativa respondería a una “demanda del poder popular”, que asume “en el marco del poder constituyente, la construcción de la Ciudad Comunal como una nueva forma político organizativa en el territorio”. Luego (sección III), demostraré que la “Ley de Ciudades Comunales”, viene a dar un impulso concluyente a la edificación del Estado Comunal, al contener los mecanismos para desmontar los restos de institucionalidad democrática que aún perviven, concretamente, la idea del poder constituyente y soberanía, residentes en el pueblo; la democracia representativa; el pluralismo; la organización territorial; el régimen municipal; entre otras tantas ilegitimidades (que por razones de espacio, no es posible abordar aquí). Un aspecto fundamental a destacar, es que más allá de la inconstitucionalidad concreta de la “Ley de Ciudades Comunales”, ésta debe ser analizada en su dimensión ontológica y teleológica, como colofón en la instauración del Estado Comunal. Seguidamente (sección IV), demostraré que el proyecto comunal sería manifiestamente inconvencional, esto es, incompatible con el orden supraconstitucional al que está sujeta la República, por efecto, de sus compromisos internacionales válidamente contraídos, y por su deber de observar el *ius cogens*.

Finalmente, concluiré sintetizando las razones, por las cuales, es el proceso de sustitución del Estado Constitucional Democrático por el Estado Comunal (en el que la “Ley de Ciudades Comunales” es tan sólo el colofón), el que debe ser rechazado por inconstitucional e inconvencional.

II. *Hacia el Estado Comunal Socialista*

1. Contexto

La actual Constitución, se gestó en un contexto político definitivamente *sui generis* en el que, si bien, hubo (importantes) sectores proclives a un cambio

⁴ Alba Ciudad 96.3FM, “Conoce el Proyecto de Ley Orgánica de las Ciudades Comunales (+PDF)”, *Alba Ciudad*, 07 de abril de 2021, acceso el 01 de julio de 2021, <https://albaciudad.org/2021/04/conoce-el-proyecto-de-ley-organica-de-las-ciudades-comunales-pdf/>.

constitucional cuyo *telos* se correspondiera con los principios del constitucionalismo democrático (Constitución Normativa)⁵; hubo otro sector, el “revolucionario”, que hizo del proceso constituyente de 1999, una maniobra meramente táctica para (i) crear una norma constitucional, desde su perspectiva, provisional y aparente (fachada), y; (ii) colonizar el Poder Público y la FAN (art. 236,6 Constitución)⁶, a efectos de impulsar (desde esta posición) la sustitución (gradual) del nuevo orden constitucional y democrático, por uno socialista.

Ciertamente, en 1999, se inicia un proceso de cambio constitucional, que dio origen a un régimen político sin precedentes, encarnado en una “revolución” caracterizada por la convergencia de facciones ideológicas, caudillistas, militares, de crimen organizado, y empresariales, la cual, se ha desarrollado en dos fases: la bolivariana, y la socialista. La primera se inicia con el proceso constituyente de 1999 y termina el 2005, cuando la “revolución” se declara socialista⁷. En esta fase, coloniza el poder público y la FAN, a la vez, exhibe una “retórica conciliatoria”, no obstante su incursión sistemática en abusos, menoscabo de derechos fundamentales, e irregularidades electorales; circunstancias estas que permitieron caracterizarla como un populismo⁸ autoritario.

En el año 2006, la “revolución” (ahora) socialista se deslinda abiertamente de los objetivos programáticos y del proyecto político subyacente en la Constitución (Estado Democrático y social de Derecho); este año, se aprueba la Ley de los Consejos Comunales⁹, primer paso en la senda hacia el Estado Comunal; luego, en el 2007, intenta institucionalizar su proyecto político: el Estado Comunal; de ahí inicia una deriva fáctica y autoritaria que acarreó la crisis sistémica que padecemos. En esta fase, la revolución se erige en un régimen de vocación totalitaria, que no va a reconocer límite alguno a su poder ni legitimidad a ninguna opción para sucederla en el mando.

⁵ Aquella que se cumple y tiene vigencia efectiva, siempre que se corresponda con los principios del constitucionalismo democrático. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, (Barcelona: Ariel, 1976), p. 217.

⁶ Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) 6. Ejercer el mando supremo de las Fuerza Armada Nacional, promover sus oficiales a partir del grado de coronel o coronela o capitán o capitana de navío, y nombrarlos para los cargos que les son privativos.

⁷ Hugo Chávez Frías, Discurso en el acto de clausura del V Foro Social Mundial, Foro de Sao Paulo. Porto Alegre, 2005. https://www.youtube.com/results?search_query=discurso+chavez+clausura+V+foro+de+sao+paulo.

⁸ Pippa Norris e Ronald Inglehart, “Trump Brexit, and The Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash”, *Faculty Research Working Paper Series*. (Cambridge: Harvard Kennedy School, 2016), pp. 6, 8. <https://www.hks.harvard.edu/publications/trump-brexit-and-rise-populism-economic-have-nots-and-cultural-backlash>

⁹ Publicada en Gaceta Oficial N°. 5.806 Extraordinaria del 10 de abril de 2006.

2. La Constitución fachada

La Constitución de 1961, sería derogada en el contexto del proceso constituyente de 1999, en el que sus impulsores, gracias a una ilegítima explotación del mandato popular, asumieron el control de la Asamblea Nacional Constituyente en la que atrincherarían gran parte de su visión e intereses políticos, haciendo aprobar una nueva Constitución, que más allá de sus déficits democráticos, ha sido para “la revolución”, además, de provisional, una fachada.

Su carácter provisional se evidenció con el frustrado intento de sustituirla por una Constitución socialista, mediante la propuesta de reforma constitucional del año 2007; asimismo, con el proceso de falseamiento ideológico (mutación ilegítima o fraudulenta) al que ha sido sometida, tras el rechazo popular a la propuesta de reforma constitucional. Se dice que una Constitución es fachada, debido a que su texto es simulado o letra muerta, pues, deliberadamente oculta la verdad o identidad del proceso impulsado por los detentadores del poder, lo que termina convirtiéndola en engañosa o en una *pseudo*-constitución (Sartori)¹⁰. La técnica que caracteriza al proceso de gestación de esta Constitución fachada, es la de la infiltración de contenidos patológicos en las estructuras constitucionales, que en un primer momento adormecerán la institucionalidad y la capacidad de reacción de las propias fuerzas sociales, para luego, paralelamente, proceder a atarla irremisiblemente (Casal)¹¹.

3. El intento fraudulento y fallido de institucionalizar una “revolución socialista”

A partir de diciembre de 2006, al mutar la revolución bolivariana a “socialista”, comienza a deslindarse abiertamente de los objetivos estratégicos y del proyecto político establecido en la Constitución (el Estado social de Derecho); asimismo, la institucionalización de su proyecto político (el Estado Comunal), pasa a ser su propósito fundamental.

En este contexto, el entonces Presidente de la República presenta ante la Asamblea Nacional, durante el año 2007, dos instrumentos de idéntica esencia, cuya vocación totalitaria es manifiesta: (i) la propuesta de reforma constitucional; y (ii) las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013 (Plan Simón Bolívar o I Socialista de la Nación). Luego de una breve campaña plagada de abusos tolerados por el CNE, la propuesta de reforma constitucional ampliada y sancionada por la Asamblea Nacional, fue rechazada

¹⁰ Giovanni Sartori, *Elementos de Teoría Política*, (Madrid: Alianza, 1992), p. 21.

¹¹ Jesús M. Casal, “De la Constitución Nominal a la Constitución Fachada”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVII* (2011): p. 377. ISSN 1510-4974. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/3972/3488>.

por el pueblo venezolano, como ya se dijo, en referendo constitucional (2 de diciembre de 2007). A partir de este instante, el Plan Simón Bolívar, pasó a ser la hoja de ruta de un régimen ya abiertamente autoritario, y; el fundamento de las leyes que edificarían el Estado Comunal.

4. La ilegítima edificación del Estado Comunal Socialista

a. Primera ola legislativa

En diciembre de 2009, se atribuye carácter orgánico a la Ley de los Consejos Comunales, que pasa a ser Ley Orgánica de los Consejos Comunales, la cual, vendría a ser otro hito en el empeño de construir un Estado Comunal. La finalidad de esta ley va a ser la construcción de una sociedad socialista (art. 2), supeditada a designios del Ejecutivo Nacional, al que se atribuye la potestad de autorizar la constitución de los concejos comunales, cuyos estatutos deben tener como propósito, el mismo fin.

b. Segunda ola legislativa

Luego, el 9 de febrero de 2010, se promulga la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno¹², cuyo objeto es establecer los lineamientos para la transferencia de competencias de las entidades territoriales hacia organizaciones del poder popular (art. 2); igualmente, identifica como únicas expresiones de la sociedad organizada a los consejos comunales, comunas y cualquier otra organización de base del poder popular (art. 4). Al no haber alcanzado la “revolución” una mayoría calificada en la elección de septiembre de ese año, la Asamblea Nacional saliente decidió dejar aprobado un paquete de leyes que tenía como propósito avanzar en la edificación del Estado Comunal. Este paquete legislativo estaba conformado por: Ley Orgánica del Poder Popular¹³, Ley Orgánica de las Comunas¹⁴, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal¹⁵, Ley Orgánica de la Contraloría Social¹⁶, Ley Orgánica de la Planificación Pública y Popular¹⁷; a los que debemos agregar: la Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal¹⁸, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica para la Ges-

¹² Publicada en Gaceta Oficial N°. 5.963, Extraordinaria, del 22 de febrero de 2010

¹³ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.011, Extraordinaria, del 21 de diciembre de 2010

¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.011, Extraordinaria, del 21 de diciembre de 2010

¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.011, Extraordinaria, del 21 de diciembre de 2010

¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.011, Extraordinaria, del 21 de diciembre de 2010

¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.011, Extraordinaria, del 21 de diciembre de 2010

¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.015, Extraordinaria, del 28 de diciembre de 2010

tión Comunitaria de Transferencia de Competencias Servicios y otras Atribuciones¹⁹, la Ley de Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas²⁰, y la Ley de Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Locales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas²¹.

c. Tercera ola “legislativa”

Luego, con la “Ley Constitucional del Plan de la Patria 2013-2019” (que ni es constitucional ni, mucho menos, ley, pues, la aprobación de las Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, prevista en el artículo 187.8 de la Constitución, se reduce a un simple Acto Parlamentario sin Forma de Ley), se persigue la creación y el fortalecimiento de espacios que aporten a la consolidación de la organización del Poder Popular y del Estado Comunal, como supuesta propuesta ciudadana; también, se hacen reiteradas referencias a las comunas. Finalmente, en la actual “Ley Constitucional del Plan de la Patria 2019-2025”, se hacen múltiples referencias (233 en total) a la organización comunal, y, al que (ahora) va a ser el “Estado Popular y Comunal”.

Con la “legislación” precitada, comienza la deriva hacia un sistema de vocación totalitaria, al institucionalizarse las bases para una nueva forma de Estado (Comunal); una nueva forma de organización político-social (poder popular); una nueva organización territorial y político administrativa (comunal); una nueva forma de democracia (socialista), y; una nueva Constitución Económica (socialista).

5. La arista ideológica: ¡Comuna o nada!

La vertiente ideológica del Estado Comunal comienza a ser reconocida (y explicitada) abiertamente a partir del 2010; así, en el marco del I Congreso Extraordinario del PSUV, se aprueban la Declaración de Principios, los Estatutos, y las Bases Programáticas de esta organización política, que van a ser publicados en el Libro Rojo del PSUV²².

Estos instrumentos van a definir con precisión los lineamientos estratégicos de lo que debían ser las “décadas de plata (2010-2020)” y “de oro (2020-2030)” de la “revolución socialista”, mediante las cuales, se pretende consolidar

¹⁹ Publicada en Gaceta Oficial N°. 39.945, Ordinaria, del 15 de Junio de 2012

²⁰ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.017, Extraordinaria, del 30 de diciembre de 2010

²¹ Publicada en Gaceta Oficial N°. 6.017, Extraordinaria, del 30 de diciembre de 2010

²² Partido Socialista Unido de Venezuela, *Documentos fundamentales. Libro rojo* (Caracas, PSUV, 2010) <http://www.psuve.org.ve/wp-content/uploads/2010/06/Libro-Rojo.pdf>.

un Estado totalitario, inspirado en el pensamiento y obra de: “Ernesto Che Guevara, José Carlos Mariátegui, Rosa Luxemburgo, Carlos Marx, Federico Engels, Lenin, Troski, Gramsci, Mao Tse-Tung y otros, que han aportado a la lucha por la transformación social, por un mundo de equidad y justicia social”²³.

En la Declaración de Principios, se señala expresamente: “Para avanzar hacia la sociedad socialista que queremos, necesitamos sustituir el Estado capitalista burgués por un Estado Socialista. El nuevo estado esbozado, avanza hacia el estado comunal planificado y orgánico”. Y en sus Bases Programáticas, se establece:

El objetivo central es el fortalecimiento del poder popular que, en esta etapa de transición, debe expresarse en la creación de un nuevo espacio público comunal que permita (...) un nuevo estado comunal y socialista que exprese genuinamente los intereses del pueblo venezolano.

El 7 de octubre de 2012, tras anunciarse la victoria del candidato presidencial oficialista, éste anunció desde el “balcón del pueblo” el inicio de un nuevo ciclo, el mismo 8 de octubre. Luego, el 20 de octubre, se llevó a cabo el primer Consejo de Ministros de este nuevo ciclo, en el cual el reelecto presidente llama a fortalecer el poder comunal.

En aquel Consejo de Ministros, Chávez expresó²⁴:

Ahora, la autocrítica (...). Firmé un decreto creando algo así como ente superior de las comunas. ¿Dónde está? No ha funcionado. Nicolás²⁵, te encomiendo esto como te encomendaría mi vida: las comunas, el estado social de derecho y de justicia. Hay una Ley de Comunas, de economía comunal. (...)

Después de haber conquistado el gobierno y tener bajo control buena parte del Estado, la tarea fundamental de la revolución consiste en la abolición del Estado burgués y la construcción de un Estado revolucionario, que responda por su forma popular, estructura democrática y funcionamiento eficiente a la lógica de la incipiente sociedad socialista. (...) Las comunas, una vez incluso mandé a sacar no sé cuántas copias, Carmen Meléndez, quiero sacarle otra vez 30 copias, le voy a regalar una copia, otra vez, a cada ministro y a cada ministra de un librito rojo de los tiempos de Mao Tse Tung sobre las comunas²⁶. (...) La autocrítica, independencia o nada, comuna o nada, ¿o qué es lo que hacemos aquí?

²³ Declaración de Principios PSUV, Partido Socialista Unido de Venezuela, *Documentos fundamentales*

²⁴ Hugo Chávez Frías, *Golpe de timón* (Caracas: Correo del Orinoco, 2012) <https://www.marxists.org/espanol/chavez/2012/2012-golpe-de-timon.pdf>.

²⁵ Nicolás Maduro, recién nombrado vicepresidente de la República.

²⁶ Las comunas de Mao, un verdadero horror, según el testimonio de la profesora Cuenca. *Vid.* Gloria Cuenca, “Las Comunas y el gran salto atrás I y II”, *Costa del Sol FM*, 25 de marzo de 2021, acceso el

Luego, en el marco del III Congreso del PSUV (2014), la Comisión Ideológica y Programática, produce un documento final, en el que, entre otras cosas, señala:

El Estado Comunal es un Estado de Nueva Democracia, de Derecho y de Justicia, de transición al socialismo (...) La concepción del Estado Comunal expresado en las comunas no es una visión vacía y hueca de la lucha revolucionaria, las comunas deben ser la forma de ejercer el poder revolucionario y jamás deben confundir la revolución democrática con la revolución socialista como históricamente ha sucedido con su consiguiente e inevitable fracaso.

En este contexto, importa destacar como una cuestión fundamental, que la “Ley de Ciudades Comunales” viene a ser el eslabón final en el inconstitucional e inconventional proceso de desmontaje del Estado Constitucional Democrático²⁷ y su sustitución por el Estado Comunal, por tanto, no procede su análisis de manera aislada, sino, como colofón en el proceso de instauración del nuevo Estado Socialista.

III. De la Ley de Ciudades Comunales como colofón en el proceso de instauración del Estado Comunal

La “Ley de Ciudades Comunales” postula un sistema de agregación comunal, “como apuesta para prefigurar una sociedad impregnada de una nueva espiritualidad socialista”, capaz de superar la decadencia capitalista, y, supuestamente, respondiendo a exigencias legislativas del Poder Popular “como una respuesta a la vocería de los Consejos Comunales y Comunas”; y a los voceros “de las organizaciones y movimientos sociales, que desde sus ámbitos territoriales, han deliberado reunidos²⁸ (...) en sus respectivos parlamentos comunales²⁹”, a los fines de exigir un salto cuántico en la innovación democrática, “asumiendo

01 de julio de 2021, <https://www.costadelsolfm.org/2021/03/25/gloria-cuenca-las-comunas-y-el-gran-salto-atras-i-y-ii/>

²⁷ Se descarta la nomenclatura de Estado Constitucional de Derecho, sostenida por Prieto Sanchís, por cuanto, en mi opinión, no aporta una definición precisa de la moderna organización estatal, que tiene como centralidad los DDHH y la libertad. La idea de Estado Constitucional de Derecho, sugiere no otra cosa que una estructura estatal cimentada en dos pilares aparentemente diferenciados: la Constitución y el Derecho, pero, en realidad, ambas categorías representan ideas equivalentes, esto es, reconducen a una misma concepción de Estado signado por un orden jurídico rector. Por otra parte, de acuerdo a esta concepción, países como Cuba y China, serían Estados Constitucionales de Derecho, pues, ambos se rigen por una Constitución (iliberale, en este caso), conforme a la cual se organiza el Estado, y ambos se rigen por el Derecho (antidemocrático). *Vid.* Luis Pietro Sanchís, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2001): p. 202. [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf).

²⁸ No existe constancia de estas Asambleas.

²⁹ Aún no se ha aprobado la “Ley de Parlamentos Comunales”.

en el marco del poder constituyente³⁰ la construcción de la Ciudad Comunal como una nueva forma político organizativa en el territorio.” (Exposición de Motivos del proyecto).

De esta manera la Asamblea Nacional (irregularmente constituida) se aboca con urgencia a reconocer e interpretar jurídicamente la realidad del país, “para transformarla integralmente en todo su contexto, con el compromiso Constitucional y democrático de facilitar y consolidar el ejercicio del autogobierno comunal que emerge en el territorio nacional como producto del desarrollo integral del Poder Popular en la Comuna.” (Exposición de Motivos del proyecto).

El artículo 1 de esta ilegítima ley, regula a estas ficciones, como una nueva “entidad política” en la organización territorial de la República, y específicamente, como “instancia territorial y política del sistema de agregación comunal, donde los ciudadanos y ciudadanas fomentan los valores necesarios para la construcción del socialismo.”

De acuerdo con el artículo 5, la “nueva institucionalidad del poder popular en el marco de la Ley Constitucional del Plan de la Patria para la conformación y ejercicio del gobierno por parte de las Comunas”, se va a regir por principios y valores socialistas (art. 3); y va a ser constituida “por iniciativa popular” mediante la agregación de Comunas³¹ urbanas, rurales e indígenas en un ámbito territorial determinado (arts. 4 y 8), que podrá coincidir o no con los límites político-territoriales establecidos en el ámbito de la República (art. 6). La iniciativa para la constitución de la Ciudad Comunal corresponde a las Comunas y a las organizaciones sociales que hagan vida activa en su ámbito territorial, quienes deberán previamente conformarse en comisión promotora, notificando de este acto al órgano con competencia en la materia (arts. 8 y 11).

De conformidad con lo establecido en el artículo 12, la ciudad comunal se constituye cuando la carta fundacional sea aprobada por mayoría simple, en referendo de los ciudadanos y ciudadanas de los Consejos Comunales y las Comunas organizadas del ámbito geográfico propuesto, y sea presentada ante el órgano designado para tal fin. El registro electoral de la Ciudad Comunal para todos los efectos está conformado por la sumatoria de los registros electorales de las Comunas que la integran (art. 13). La Ley de Ciudades Comunales con miras

³⁰ El Poder Constituyente reside en el pueblo (en su conjunto) y no en una parte de él.

³¹ Y para la creación de Comunas, conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica de Comunas de 2010, las mismas, a su vez, se constituyen “a través de la agregación de comunidades organizadas. La “iniciativa popular” para su constitución “corresponde a los consejos comunales y a las organizaciones sociales que hagan vida activa en las comunidades organizadas, quienes deberán previamente conformarse en comisión promotora” (art. 10).

a institucionalizar el Estado Comunal, crea un vasto entramado institucional y burocrático (art. 14), conformado por: El Parlamento de la Ciudad Comunal; el Consejo Ejecutivo de Gobierno de la Ciudad Comunal, el Consejo de Planificación de la Ciudad Comunal; el Consejo de Economía de la Ciudad Comunal; el Consejo de Contraloría de la Ciudad Comunal; el Consejo de Educación y Formación de la Ciudad Comunal; el Consejo de Justicia y Paz de la Ciudad Comunal; la Comisión Electoral de la Ciudad Comunal; los cuales, se regulan en los artículos 15 al 41.

IV. De la inconstitucionalidad de la “Ley de Ciudades Comunes” y del Estado Comunal que configura

1. De la ilegítima pretensión de subordinar la voluntad constituyente a la voluntad legislativa y comunal

De acuerdo a lo expresado en los capítulos anteriores, con la “Ley de Ciudades Comunes” se aspira a dar un impulso concluyente al Estado Comunal. Sus premisas fundamentales serían que: (i) la actual es “una Constitución inacabada” y que “la destrucción de un sistema anterior y la construcción de un nuevo sistema son dos trabajos paralelos pero no totalmente simultáneos en el tiempo” (Viciano y Martínez)³², y; (ii) mediante mecanismos legislativos ordinarios puede completarse la obra constitucional, atribuyendo fuerza constituyente a un poder constituido (Parlamento, ilegítimo, en este caso), que actuaría en nombre de una ficción llamada poder popular comunal y constituyente.

Ante tal pretensión, cabe observar que los impulsores de la “Ley de Ciudades Comunes”, omiten que en 1999, la voluntad constituyente adoptó como decisión política fundamental, al Estado Constitucional Democrático, encarnado en la fórmula del Estado social de Derecho (art. 2 CN), y que esa misma voluntad constituyente rechazó expresamente el 2007, el cambio en la decisión política fundamental relativa a la organización territorial y político administrativa³³, y la opción por el Estado Comunal; así mismo, omiten que tal opción jurídico-política, no puede ser modificada por una “ley” (ni aún, en el supuesto de que emanara de un Parlamento legítimo), mucho menos por mandato de un

³² Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007)”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* v. 14 n.2 (2008). Versión impresa ISSN 20030507.2007. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112008000200007.

³³ Se proponía que en sustitución del Municipio, “la unidad política primaria de la organización territorial nacional será la ciudad, entendida ésta como todo asentamiento poblacional dentro del municipio, e integrada por áreas o extensiones geográficas denominadas comunas.”

inexistente poder constituyente comunal; también, omiten que esa misma voluntad constituyente ha petrificado la normativa constitucional, mediante la cual, esa decisión política fundamental puede ser modificada (Título IX), lo que excluye la pretensión de que una Asamblea Nacional, mediante ley, por mandato de unos supuestos organismos comunales y “constituyentes”, puedan cambiar la forma del Estado; finalmente, olvidan que el “poder constituyente”, sólo lo puede ejercer, el pueblo (en su conjunto), quien debe manifestar su voluntad mediante referendo (Brewer)³⁴, conforme a lo establecido en el Título IX la Constitución.

Al efecto, pareciera innecesario recordar aquí, que mientras el poder constituyente, verdadero titular de la soberanía (Jay)³⁵, se justifica por sí mismo, debido a su fundamento histórico y ontológico existencial (De Vega)³⁶; los poderes constituidos tienen su fundamento en la Constitución, que define sus límites, posibilidades, y modos de actuación. La idea del poder constituyente, residente en el pueblo, se traduce en el mayor límite al poder político, en especial, al que emana del más amenazador de los poderes, el legislativo (Prieto Sanchís)³⁷, mediante la mineralización constitucional de su proceder, y el establecimiento de barreras que no puede traspasar en ningún caso, mucho menos, cambiando la organización territorial (forma de Estado) mediante leyes.

Por otra parte, en relación a la ficción llamada “poder popular comunal y constituyente”, cabe reiterar que nunca se ha puesto en duda por nadie, que la titularidad del poder constituyente recae en el pueblo (De Vega)³⁸, en su conjunto, y no en una parte de él; así se reconoció, además, en la primera Constitución revolucionaria francesa (“ninguna parte del pueblo puede atribuirse el ejercicio de la soberanía, que sólo corresponde a la nación”, art. 1, del Título III). De esta manera, las menciones a un supuesto poder constituyente, que emanaría de organismos comunales, de los que (además) no hay evidencia alguna de su existencia, carecen de todo fundamento político y jurídico.

En síntesis, siendo la voluntad constituyente el más importante límite (contramayoritario) a decisiones de mayorías circunstanciales legítimas, a efectos de preservar la hegemonía e intangibilidad de la decisión política fundamental

³⁴ Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre el inconstitucional proyecto de Ley De Las Ciudades Comunales O un paso más en la desconstitucionalización del Estado, mediante su desmunicipalización” (2021) <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/03/Brewer.-Sobre-PROYECTO-DE-LEY-DE-LAS-CIUDADES-COMUNALES-marzo-2021.pdf>.

³⁵ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* [trad. Gustavo R. Velasco] (México: Librodot, 1943), pp. 22, 23, 26 y 27. <https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>

³⁶ Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional. Y la problemática del poder constituyente* (Madrid: Tecnos, 2007), p.15.

³⁷ Luis Pietro Sanchís, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”

³⁸ Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional...*, p.29.

y los derechos de las minorías, con mayor razón, debe servir de freno a la ilegítima pretensión (de una minoría de institucionalizar el Estado Comunal, mediante una espuria “ley”).

2. La institucionalización de un Estado Comunal en Venezuela comporta el falseamiento ideológico de la Constitución

La creación de un sistema de ciudades comunales, para institucionalizar el Estado Comunal “llamadas a ser epicentros de revolución cultural”, y “de configuración de una nueva ética socialista” (Exposición de Motivos), mutaría³⁹ ilegítimamente la normativa constitucional que establece su estructura y principios, concretamente, la forma política del Estado (social de Derecho)⁴⁰, y su organización territorial y político-administrativa, establecida en el Título II; en virtud de la cual, esta materia ni siquiera podría ser objeto de reforma constitucional (art. 342). De tal manera, los artículos 16, 136, 159 y siguientes, 168 y siguientes, y 342 de la Constitución, mantendrían intactos sus textos, no obstante, sus significados jurídicos quedarían fraudulentamente mutados (falseamiento ideológico), por esta iniciativa *pseudo* legislativa.

Es cierto que ninguna Constitución puede permanecer inmutable en el tiempo, pues, durante su vigencia, la emergencia de nuevas convenciones políticas, la necesidad política, la costumbre *contra constitutionem*, o el *desuetudo*, van a generar tensiones entre la realidad social y la normatividad, imponiendo la necesidad de adaptaciones constitucionales, no sólo por cauces formales, también, por cauces informales como la mutación⁴¹. Sin embargo, la “revolución”, sin atender a los precitados supuestos excepcionales para mutar normas constitucionales, ni a los límites de la mutación⁴², ha venido desarrollando un proceso sistemático de falseamiento ideológico de la Constitución, vía mutación ilegítima o fraudulenta, en virtud del cual, han modificado el significado jurídico de diversos dispositivos constitucionales, dejando su texto intacto, con el único propósito de dar encuadramiento constitucional a las arbitrarias e inconstitucionales medidas

³⁹ “una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), p. 99. ob. cit., p. 98.

⁴⁰ “No es que el Estado Social de Derecho propenda a un Estado Socialista.” *Vid.* Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No 85 del 24 de enero 2012. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>, consultado en fecha 8 de abril de 2021.

⁴¹ En el origen de una mutación constitucional siempre encontraremos una tensión o una contradicción entre la realidad jurídica (normatividad) y la realidad social, que de resolverse a favor de esta última, originará una nueva interpretación constitucional.

⁴² Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional...*, p. 215.

para institucionalizar el Estado Comunal; lo que ha terminado propiciando, además, un proceso de anarcoconstitucionalismo, que entendemos como aquel en el que la Constitución deja de ser el centro de referencia, tanto del ámbito normativo y organizativo del Estado (y de la sociedad) como del proceso político, ocupando su lugar la nuda voluntad de los detentadores del poder.

En síntesis, la “Ley de Ciudades Comunales”, mediante la cual, se pretende consolidar el poder popular y el Estado Comunal, comporta el falseamiento ideológico de los artículos 16, 136, 159, 168 y 342 de la Constitución, y por consiguiente, de sus Títulos I, IV (Capítulos III y IV), y IX.

3. ¿Puede cambiarse la organización territorial y la organización político-administrativa del Estado Constitucional mediante referendo comunal?

La modificación de la estructura del Estado y de sus principios fundamentales, concretamente, la forma de organización territorial y político-administrativa, establecidos en los Títulos II y IV, capítulos III y IV de la Constitución, sólo sería posible (en principio) empleando los mecanismos constitucionales establecidos al efecto (referendo aprobatorio, Título IX); en tal sentido, sólo en estos supuestos podrá ser consultada la opinión del poder constituyente, para validar o rechazar las propuestas modificatorias.

En este marco, desde una perspectiva constitucional, no sería posible modificar la estructura del Estado y sus principios, mediante los “referendos comunales”, “creados” en la “Ley de Ciudades Comunales”. Al efecto, no deja de llamar la atención que esta “ley”, junto con prever la utilización del “referendo comunal”, atribuye ilegítimamente la competencia del CNE, para organizar, dirigir y vigilar referendos, a la Comisión Electoral de la ciudad comunal, bajo la fachada de una simple “coordinación” (art.35); lo cual, vulnera abiertamente lo previsto en el artículo 293.5 de la Constitución. Tampoco, es menor el hecho de que el “registro electoral” a ser empleado, estaría conformado por la sumatoria de los “registros electorales de las Comunas” (art. 13 de la “ley”), y no por el Registro Civil y Electoral (nacional), previsto en el artículo 293.7 de la Constitución, lo que representaría otra ilegitimidad constitucional. Olvidan los impulsores de esta “ley”, que ningún poder popular, mucho menos uno de carácter parcial, puede detentar una legitimidad sin límite, como para cambiar el ordenamiento constitucional y la forma de Estado (Touraine)⁴³.

Importa reiterar que todo Estado Constitucional Democrático, se edifica sobre dos pilares: el principio político (democrático) de soberanía, residente en

⁴³ Alain Touraine, *¿Qu'est ce que la démocratie?* (Paris : Fayard, 1994), p. 11.

el pueblo; y el principio jurídico de supremacía de la Constitución. Con base al primero se deriva que corresponde al pueblo (en su conjunto), en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Por su parte, el principio de supremacía normativa de la Constitución encarna la idea de hegemonía absoluta de sus valores y demás preceptos en el orden interno, a cuya observancia están sujetos gobernantes y gobernados. Este principio, como nos lo recuerda García de Enterría, evidencia la naturaleza de los poderes de los que emanan las distintas normas de un ordenamiento determinado, esto es, poder constituyente=Constitución, y poderes constituidos=normas ordinarias; su vocación de permanencia o estabilidad, y; finalmente, el carácter *sui generis* de la norma constitucional dando origen: a una superlegalidad material que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas, que serán válidas si no violentan el sistema formal de producción de las mismas, los límites al ejercicio del poder, los derechos y garantías fundamentales, y el entramado axiológico que ella encarna y; a una superlegalidad formal conformada por mecanismos reforzados de modificación constitucional (rigidez constitucional, en tanto mecanismo contramayoritario) frente a los procedimientos legislativos ordinarios⁴⁴.

En síntesis, la organización territorial y la organización político-administrativa, no pueden ser modificadas, por ningún “referendo comunal”, al impedirlo el principio político democrático, y; el principio jurídico de supremacía de la Constitución.

4. Del entramado institucional de las ciudades comunales Vs el Estado Constitucional Democrático y la democracia representativa

La “Ley de Ciudades Comunales”, crea, además, un entramado institucional y burocrático, en los que puede destacarse, tal como observa el profesor Brewer⁴⁵, que ninguno de estos órganos está conformado por representantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto, como lo exige la Constitución (arts. 5, 6, 62, 63), respecto de quienes ejercen la representación política del pueblo, sino, por “voceros y voceras” (art. 9 “Ley de Ciudades Comunales”), que entre otras condiciones “no pueden desempeñar cargos públicos de elección popular” (art. 9.f). El caso del Parlamento Comunal es tanto más grotesco, al preverse su funcionamiento, aun cuando, la ley respectiva, no ha sido aprobada.

⁴⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1994), p. 50.

⁴⁵ Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre el inconstitucional...”

Desde esta perspectiva, ¿es compatible este entramado institucional y burocrático con el Estado Constitucional Democrático? Absolutamente, no. Por cuanto, en el marco de una “democracia representativa”, como la consagrada en la Constitución y la Carta Democrática Interamericana, no puede haber entidades políticas gobernadas o conformadas por “voceros” no electos mediante sufragio universal, directo y secreto, pues, la representación política del pueblo debe emanar de la soberanía popular, que se expresa indirectamente mediante el sufragio, siendo esta la esencia de la doctrina de la soberanía popular, propia de las corrientes de pensamiento republicano.

Huelga precisar, que en nuestro sistema, la Constitución es un factor de control del poder, a tal efecto, establece no sólo los límites al poder, sino, también, los mecanismos mediante los cuales, los funcionarios deben ser electos para el ejercicio de funciones públicas, en representación de la colectividad. De esta manera, el nudo poder deviene en poder jurídico legítimo, por consiguiente, la supuesta representación comunal, que emerja de las irregulares designaciones de los detentadores del poder, va a carecer de autoridad, por tanto, sus actos serán irremediamente nulos (art. 138 de la Constitución).

En síntesis, la designación de “funcionarios de hecho”, para ejercer la representación popular en el entramado institucional creado por la “Ley de Ciudades Comunes”, prescindiendo del sufragio universal, directo y secreto, sería manifiestamente inconstitucional.

5. El pluralismo como causal de invalidación del ordenamiento comunal

Las motivaciones y lineamientos normativos de la “Ley de Ciudades Comunes”, dejan en evidencia el porfiado empeño de los detentadores del poder en institucionalizar al socialismo como doctrina ideológica oficial del Estado Comunal, en violación del pluralismo como uno de los valores superiores del Estado venezolano (art. 2 de la Constitución).

¿Qué es el pluralismo? El pluralismo aparece en el horizonte democrático a propósito de la libertad de prensa y de expresión, progresivamente, fue extendiéndose a otros ámbitos, hasta erigirse, primero, en una de las condiciones de la democracia; y luego, en su fundamento, así lo estableció el Consejo Constitucional francés, en decisión del 11 de enero de 1990⁴⁶; en virtud de la cual, el pluralismo, deviene en el principio (sentido kantiano) de la democracia, es decir,

⁴⁶ Conseil Constitutionnel Décision n° 89-271 D.C., 11 janv.1990, R. p. 21. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1990/89271DC.htm>, consultada en fecha 1 de abril de 2021.

en el punto de partida lógico de donde se deduce el conjunto de la organización social, cultural, política, y constitucional (Rousseau)⁴⁷.

Esta posición fundamental, se debe a que constituye en una garantía marco, esto es, en una de las garantías esenciales para el ejercicio y respeto de otros derechos y libertades; así, lo ha interpretado el constituyente de 1999, al reconocerlo como un valor superior del ordenamiento jurídico.

En síntesis, al decantarse la futura (e ilegítima) “Ley de Ciudades Comunales” por una única opción ideológica (el socialismo), y al pretender convertirla en la ideología oficial del Estado Comunal, resulta manifiesta su inconstitucionalidad, al desconocer el pluralismo.

V. *Inconvencionalidad o ilegitimidad supraconstitucional de la Ley de Ciudades Comunales y del Estado Comunal que configura*

1. ¿Supraconstitucionalidad (externa) o bloque de la constitucionalidad?

La Supraconstitucionalidad externa⁴⁸ es una categoría jurídica que se ha venido vinculando al derecho internacional de los DDHH, cuya consecuencia más trascendente es la afectación (limitación) de la soberanía nacional de cada Estado.

En este contexto, es importante precisar la vinculación del derecho supraconstitucional (externo) con el derecho constitucional nacional, esto es, si el primero se integra con el derecho constitucional nacional en un solo “bloque de la constitucionalidad”, o; si, por tratarse de un derecho preeminente, no formaría parte de ese bloque, pero, si estaría imbricado con éste, pero, desde una posición prevalente.

⁴⁷ Dominique Rousseau, *Droit du Contentieux Constitutionnel* (París, Montchrestien, 1993), p. 265.

⁴⁸ Se debe diferenciar la supraconstitucionalidad externa de la interna. Esta última es la superioridad de ciertos principios y normas constitucionales, que por representar el núcleo duro de la Constitución, son intocables para cualquier poder. Dominique Rousseau, *Droit du Contentieux...*, p. 183.

Al efecto, en algunos países lo asumen como Bloque de la Constitucionalidad⁴⁹; otros, le atribuyen posición supraconstitucional⁵⁰; y otros, como la doctrina en Venezuela, se acogen al principio de la cláusula más favorable (art. 23 Constitución), la cual, además, es la posición de la Corte IDH, y de la doctrina prevaleciente. En nuestra región es frecuente encontrar distintos sentidos para esta idea de bloque. Bidart Campos, entre otros, la ha reservado para referir al conjunto normativo integrado por la Constitución y los tratados que no forman parte de la Constitución⁵¹. Nogueira, proporciona un matiz importante, en relación a la idea de bloque de la constitucionalidad, y habla de “un bloque constitucional de derechos”, constituido por los derechos asegurados en el texto formal de la Constitución y los derechos materialmente constitucionales y reconocidos como tales, al incorporar el Estado de Chile explícitamente los contenidos normativos de derechos y garantías de ellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes, generándose una retroalimentación en ambos sentidos por la duplicidad de fuentes del sistema (interna e internacional)⁵².

2. Supraconstitucionalidad (externa) y soberanía

La jurisdicción supraconstitucional es fuente de producción de normas internacionales (principios *ius cogens*, normas positivas de Pactos, Convenciones y Tratados Internacionales, jurisprudencia, y costumbre internacional), que vinculan a los Estados que forman parte de ella.

La fuerza vinculante del orden supraconstitucional puede ser explicado desde una concepción monista del derecho internacional, conforme a la cual, existe un sistema normativo universal. De acuerdo con Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*⁵³. En todo caso, los Estados se obligan

⁴⁹ Artículo 31, Constitución Argentina. En cierta forma, es la posición de la Sala Constitucional, de la que deriva su potestad de máximo y último interprete de sentencias y actos emanados del SIDH. Vid. Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No 1309 del 19 de julio de 2001. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.HTMN>^o, consultada en fecha 5 de abril de 2021. Y sentencia N^o. 1942 del 15 de julio de 2003. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HT>, consultada en fecha 5 de abril de 2021; entre otras.

⁵⁰ Artículo 93, Constitución de Colombia.

⁵¹ Martín Riso, “Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16 (2012): p. 332. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40740>

⁵² Humberto Nogueira, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia, *Ius et Praxis*, vol. 9 no. 1 (2003). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r106335.pdf>.

⁵³ Hans Kelsen, “Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit Internationale”, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (1926) : p. 227 y ss; citado por Marco

a acatar el derecho supraconstitucional, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concretamente, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 26⁵⁴, 27⁵⁵, y 46⁵⁶.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece en su artículo 2, la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados en la Convención; en el mismo sentido, se orientan los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador (derechos económicos, sociales y culturales).

3. El carácter homogeneizador de la supraconstitucionalidad externa en materia de democracia y DDHH

La supraconstitucionalidad externa ha estado estrechamente vinculada a procesos de homogeneización o estandarización de regulaciones en materia de DDHH, ante la convicción de que la dignidad humana y la garantía de los DDHH, constituyen valores universales que deben ser defendidos por la humanidad en su conjunto.

Asimismo, ha estado estrechamente vinculada a procesos de homogeneización o estandarización en materia de valores democráticos, forjados en torno al fortalecimiento de una identidad democrática común (el Estado Constitucional Democrático) para lograr una mayor cooperación e integración internacional. El compromiso con estos procesos es tal, que, incluso, se ha considerado que las normas constitucionales deben inclinarse ante las normas supraconstitucionales, como lo ha sostenido Favoreu⁵⁷, también, la Corte IDH⁵⁸.

Gerardo Monroy Cabra, “El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional” *Anuario Colombiano de Derecho Internacional N° 1* (2008): p. 112, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25154.pdf>.

⁵⁴ *Pacta sunt Servanda*.

⁵⁵ “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

⁵⁶ “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.

⁵⁷ Louis Favoreu, “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs N° 67* (1993): p.76. <https://revue-pouvoirs.fr/Debat-Souverainete-et.html>.

⁵⁸ Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

4. Ilegitimidad supraconstitucional o inconveniencia de la “Ley de Ciudades Comunes”

a. Por violar principios de *ius cogens* al modificar la Constitución sin apelar a la voluntad constituyente

La “Ley de Ciudades Comunes”, también, está afectada de ilegitimidad convencional, por cuanto, su aplicación implicaría una modificación de la decisión política fundamental, en materia de organización territorial y político administrativa, por un cauce distinto al previsto en la Constitución, esto es, en violación de la voluntad constituyente.

La idea de que el poder constituyente reside intransferiblemente en el pueblo, titular de la soberanía, principio forjado al calor de las revoluciones del s. XVIII, es no sólo un principio constitucional (arts. 5 y 347 de la Constitución), también, es un principio de *ius cogens*, entendido éste como el conjunto de principios y normas universales que forman parte de los DDHH y de la conciencia universal, que (i) deben ser aceptadas por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, (ii) no aceptan acuerdo en contrario, y (iii) solo pueden ser modificadas por otra norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter⁵⁹.

En esta perspectiva, la reforma de las bases institucionales de un Estado, sin contar con la voluntad del poder constituyente, o materializado en contra de ésta, sería una actuación manifiestamente inconveniente.

b. Por violar principios de *ius cogens* al establecer un régimen discriminatorio en la participación comunal

De igual manera, la “Ley de Ciudades Comunes” y el Estado Comunal, están afectados de ilegitimidad convencional, por cuanto, su materialización implicaría la consumación de un régimen de discriminación política y social, en la medida en que la participación ciudadana en los procesos comunales, estaría preordenada a la construcción del socialismo, por lo cual, sólo podrían participar quienes profesen esa doctrina política.

La Corte IDH, refiriéndose al principio de no discriminación, señaló que por su carácter de *ius cogens* “...estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen,

⁵⁹ Artículo 53, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario”⁶⁰.

En esta perspectiva, la proclamación del socialismo como doctrina oficial del Estado Comunal, comportaría la discriminación de quienes no la profesen, por tanto, sería, manifiestamente inconvencional.

c. Por violar principios de ius cogens al pretender menoscabar la forma del Estado mediante actos refrendarios

La voluntad refrendaria que puedan expresar algunas comunidades en el marco de la ilegítima “Ley de Ciudades Comunes”, con miras a mutar la estructura y principios de la Constitución, concretamente, la forma de organización territorial y político-administrativa (con vaciamiento de competencias municipales), establecidos en los Títulos II y IV capítulos III y IV de la Constitución, sería manifiestamente inconvencional, en la medida en que viola principios universales y DDHH, tales como: (i) la voluntad constituyente residente en el pueblo, (ii) el derecho al sufragio universal, directo y secreto, (iii) la democracia representativa, (iv) el pluralismo, entre otros.

Olvidan, los impulsores de la “Ley de Ciudades Comunes”, que, como ya se indicó, ningún poder popular, mucho menos uno de carácter sectorial o parcial, puede detentar una legitimidad refrendaria sin límite, como para cambiar el ordenamiento constitucional, y la forma de Estado (Touraine)⁶¹.

Sobre este punto, la Corte IDH (caso Gelman), ha precisado:

239. (...). La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías (...).”

En esta perspectiva, la instauración del Estado Comunal, de inspiración socialista, al margen de la Constitución y a través de un simple acto refrendario comunal, sería manifiestamente inconvencional.

⁶⁰ Opinión Consultiva O.C. N.º. 18, relativa a la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2003.

⁶¹ Alain Touraine, *¿Qu'est ce que la démocratie?*

d. Por violar la Carta Democrática Interamericana que asume un compromiso con la democracia representativa y el pluralismo

La “Ley de Ciudades Comunales” y el Estado Comunal, están afectados de ilegitimidad convencional, por cuanto, su materialización implicaría la consumación de un régimen político de carácter socialista, en abierta contravención de los compromisos contraídos por la República en materia de democracia representativa, en la Carta Democrática Interamericana.

Ciertamente, la Carta Democrática Interamericana, suscrita por Venezuela, ha asumido expresamente un compromiso por la democracia representativa y el pluralismo, en sus artículos 1, 2 y 3. En tal sentido, el derecho a la democracia representativa, y al pluralismo, como su fundamento, no son sólo DDHH susceptibles de tutela internacional, sino, además, concretos derechos subjetivos derivados de dicha Convención. En Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional⁶², en el caso de los empleados ferroviarios de Dantzig, afirmó que el objeto mismo de un acuerdo internacional, “conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes contratantes, de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales.”

En esta perspectiva, al ser el derecho a la democracia representativa y al pluralismo, derechos humanos y derechos subjetivos, cualquier acto normativo que pretenda menoscabarlo devendrá en manifiestamente inconvencional.

VI. Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto, precedentemente, se puede concluir en que:

La plena comprensión de la “Ley de Ciudades Comunales” no podría obtenerse analizándola de manera aislada, por lo cual, es obligante analizarla en el marco del proceso de sustitución del Estado Constitucional Democrático por el Estado Comunal Socialista, que se viene impulsando abiertamente desde el año 2007, en el que la arista ideológica ha jugado un rol determinante.

La aprobación de la “Ley de Ciudades Comunales”, constituiría el colofón en la larga cadena de ilegitimidades, mediante las cuales, los detentadores

⁶² CPIJ, Serie B, núm. 17, p. 32; CIJ, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p. 35. Citada por Marco Gerardo Monroy Cabra, “El Derecho Internacional...”, p. 113

del poder pretenden consolidar su proyecto político hegemónico (el poder popular y el Estado Comunal), con el que se pretende homogeneizar la sociedad venezolana, y convertirla en una sociedad socialista.

Tal pretensión, implicaría la reforma de la estructura del Estado, de sus bases institucionales y de sus valores superiores, sin contar con la voluntad del poder constituyente (residente en el pueblo, en su conjunto), y, más aún, en contra de ésta, inequívocamente expresada en los referendos de 1999 y 2007. Huelga precisar que la sustitución radical del Estado, tampoco, podría hacerse a través de una Asamblea Constituyente debido a las ataduras supraconstitucionales de los Estados.

La insistencia en este ilegítimo propósito refundacional, comportaría el falseamiento ideológico de los artículos 16, 168 y 342 de la Constitución (vía mutación ilegítima o fraudulenta), y por consiguiente, de su Título I, lo cual, sería constitucional y convencionalmente ilegítimo.

La “Ley de Ciudades Comunales” y el Estado Comunal, son manifiestamente inconstitucionales e inconventionales al tener como finalidad la instauración fraudulenta (mediante referendos a celebrarse con registros electorales comunales y no con el Registro Civil y Electoral) de un régimen político hegemónico, contrario a la democracia representativa, discriminatorio, y violatorio del pluralismo político.

Derecho Público fallido y emergencias humanitarias complejas

José Ignacio Hernández G.*

pp. 217-254

Invitado: 09 nov 2021

Sumario

I. Introducción | II. Derecho Público y capacidad estatal: la satisfacción de necesidades esenciales y el Derecho al desarrollo | 1. La expansión de los cometidos del Estado: entre el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional y el Derecho Global | 2. La expansión de los cometidos públicos y la “brecha de capacidad estatal”: las emergencias humanitarias | 3. Las instituciones de la buena gobernanza, la buena Administración y la brecha de capacidad estatal: una reflexión crítica | III. El Estado frágil, la emergencia humanitaria compleja y el Derecho Público fallido | 1. El “Estado fallido” y el “Derecho Público fallido” | 2. El Derecho Público fallido y la emergencia humanitaria compleja | 3. El rol del Derecho Público en las emergencias humanitarias complejas causadas por fallas en la capacidad estatal y el Derecho Global | IV. Conclusiones

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello. Fellow, Growth Lab (Harvard Kennedy School)

Derecho Público fallido y emergencias humanitarias complejas

Resumen: El Derecho Público fallido es el Derecho Público del Estado fallido, es decir, el Estado que no tiene la capacidad suficiente para garantizar el derecho al desarrollo humano. Las fallas del Derecho Público derivan de las brechas de capacidad del Estado, que en algunos casos pueden desencadenar en emergencias humanitarias complejas, particularmente, debido a las medidas autoritarias que el Derecho Público fallido puede promover. La pandemia de COVID-19 ha puesto en evidencia esas fallas en el Derecho Público, lo que requiere promover una mayor interacción con el Derecho Internacional. Por lo tanto, el Derecho Público Global puede coadyuvar a paliar las fallas del Derecho Público y promover una mejor garantía del derecho al desarrollo humano.

Palabras Claves: Estados fallidos | Capacidad estatal | Emergencias humanitarias complejas | COVID-19 | Derecho Público global.

Failed Public Law and complex humanitarian emergencies

Abstract: The failed public law is the public law of the failed states, this is, the state that does not have enough capability to assure the human development right. The public law failures stem from state capability gaps, that in some cases can trigger complex humanitarian emergencies, particularly, due to authoritarian measures that the failed public law promotes. The COVID-19 pandemic has demonstrated those failures in the public law, and the necessity to promote greater interaction with the International Law. Therefore, the Global Public Law can help to mend the failures of Public law, in order to ensure the protection of human development right.

Key Words: Failed states | State capability | Complex humanitarian emergencies | COVID-19 | Public Global Law.

But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.

Madison, *The Federalist* N° 51.

I. Introducción

La pandemia del coronavirus (COVID-19) ha puesto en evidencia la fragilidad del Estado para satisfacer necesidades esenciales asociadas al derecho al desarrollo humano. Esta fragilidad, en todo caso, no es un fenómeno reciente. Por el contrario, desde las Ciencias Políticas y Económicas se ha venido prestando atención a cómo la fragilidad del Estado afecta su capacidad para cumplir con cometidos públicos, lo que incluso puede degenerar en situaciones de emergencia, y en especial, en emergencias humanitarias complejas.

El interés por el estudio de las fallas en la capacidad estatal surgió luego de la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Esto llevó al rápido surgimiento de nuevos Estados que, en el orden internacional, actuaron al amparo del principio general de la soberanía como rasgo distintivo del reconocimiento de Estados en el Derecho Internacional. En muchos casos, además, esos nacientes Estados emularon el diseño constitucional del Estado de Derecho. Empero, en la práctica, se trataba de Estados sin capacidad suficiente para cumplir con cometidos estatales, en especial, asociados al ejercicio del monopolio legítimo de la violencia, todo lo cual derivó en riesgos a la seguridad global. Desde las Ciencias Políticas comenzó a emplearse la expresión “Estado fallido” para describir esa realidad. Este concepto evolucionó, en especial, luego de las evidencias que demostraron que crisis políticas y civiles podían mermar la capacidad de Estados ya formados. Actualmente se considera que los Estados tienen distinto nivel de fragilidad atendiendo a las fallas que impiden cumplir con los cometidos estatales, lo que puede llevar a la desatención de necesidades esenciales y, en situaciones extremas, a emergencias humanitarias complejas que colocan en riesgo los derechos a la vida, seguridad y dignidad humana de sectores vulnerables de la sociedad. Riesgos globales, como la pandemia, pueden agravar las fallas en la capacidad estatal y la desatención de esas necesidades esenciales.

Junto a estos aportes desde las Ciencias Políticas, en las Ciencias Económicas comenzó a estudiarse cuál es el rol del Estado y de la democracia constitucional en el desarrollo, y cómo las fallas en la capacidad estatal pueden afectar el crecimiento económico y derivar en crisis económicas. Bajo la influencia del “Consenso de Washington” de finales del siglo XX, desde la economía se postuló

que el desarrollo requiere de un Estado con capacidad suficiente para cumplir cometidos públicos en el contexto de la buena gobernanza, esto es, los estándares y principios de la democracia constitucional. Esto llevó a considerar que la causa determinante que permite explicar por qué hay países ricos y países pobres son las desviaciones que llevan al Estado a adoptar medidas arbitrarias contrarias al desarrollo, y que incluso pueden acelerar colapsos estatales. Bajo esta tesis, los Estados fallan como resultado de políticas públicas que extraen y destruyen riqueza de manera arbitraria, como consecuencia de la violación de los estándares y principios de la democracia constitucional.

Este trabajo, precisamente, analiza las implicaciones que para el Derecho Público tiene la tesis del Estado fallido, en el contexto del derecho al desarrollo humano y las emergencias humanitarias complejas. En tal sentido, se propone emplear la expresión *Derecho Público fallido*, para describir a las instituciones de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo que en la práctica no pueden aplicarse debido a fallas en la capacidad estatal, todo lo cual propende a la adopción de medidas arbitrarias y la gestión de asuntos públicos a través de la corrupción, lo que puede acelerar el colapso del Estado y degenerar en emergencias humanitarias complejas.

Este riesgo es particularmente relevante en la actualidad debido a dos fenómenos. El primero es el declive del Derecho Constitucional en el siglo XXI, debido a regímenes autoritario-populistas que emplean las instituciones del Derecho Constitucional para socavar los principios de la democracia constitucional, todo lo cual genera incentivos para la adopción de medidas que extraen arbitrariamente la riqueza y al mismo tiempo, debilitan la capacidad estatal para atender necesidades esenciales propendiendo a emergencias humanitarias complejas. El segundo fenómeno es la globalización, de la cual derivan riesgos globales al derecho al desarrollo humano que no pueden atenderse únicamente a través del Derecho Público doméstico, tal y como ha quedado en evidencia en la pandemia del coronavirus (COVID-19).

A resultas de todo lo anterior, el Derecho Público del siglo XXI se ha tornado en un Derecho frágil, debido a la incapacidad del Estado de cumplir cabalmente con sus cometidos. Ello eleva la probabilidad de situaciones de emergencias, incluso, de aquellas causadas por el colapso estatal, como es el caso de las emergencias humanitarias complejas. Frente a esta realidad, es preciso implementar una estrategia que fortalezca paulatinamente la capacidad del Estado para implementar las instituciones del Derecho Público, todo lo cual para promover una mayor interacción con el Derecho Internacional, a través del Derecho Público Global.

A estos fines, el presente estudio queda dividido en dos partes. La primera estudia la relación entre Derecho Público y capacidad estatal desde la óptica del derecho al desarrollo humano. En la segunda parte se analiza el concepto de Estado fallido y su incidencia en el Derecho Público, para formular el concepto de “Derecho Público fallido” y exponer su incidencia en emergencias humanitarias complejas, en especial, en épocas de riesgos globales como el COVID-19. El artículo culmina con las conclusiones, que resumen cuál es el rol del Derecho Público en emergencias humanitarias complejas,

II. Derecho Público y capacidad estatal: la satisfacción de necesidades esenciales y el Derecho al desarrollo

1. La expansión de los cometidos del Estado: entre el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional y el Derecho Global

No existe uniformidad de criterio acerca de cuáles deben ser los cometidos que el Estado debe satisfacer. En todo caso, un elemento común al momento de definir el Estado, de acuerdo con el concepto de Max Weber, es que el Estado es la organización social que ejerce el poder político único y unitario a través de la soberanía y del *monopolio legítimo de la fuerza*¹.

Sin embargo, esos elementos solo permiten definir *qué es el Estado*, no lo que el Estado debe hacer. En realidad, Weber no se encargó de definir cuáles tareas debían ser asumidas por el Estado². En sintonía con el concepto de Estado como *poder unitario y unificador* expuesto por Heller y Jellinek³, esta idea de Weber enfatiza que el Estado, para existir efectivamente, debe ejercer la fuerza sobre todo su territorio, de lo cual resulta que, en sentido sustantivo, la soberanía es la capacidad de asegurar el ejercicio de la fuerza en todo el territorio y la población.

El Derecho Internacional, influenciado en el modelo de Estado-nación derivado de la Paz de Westfalia⁴, ha recogido este concepto a los fines de definir

¹ De acuerdo con Weber, el Estado “*es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el territorio es el elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia*”. Vid.: John Dreijmanis, *Max Weber's Complete Writings On Academic and Political Vocations* (Nueva York: Algora Publishing, 2013), pp. 367 y ss.

² Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva, Tomo I* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974), pp. 170 y ss.

³ Herman Heller, *Teoría del Estado* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2002), pp. 169 y ss., y Geog Jellinek, *Teoría general del Estado* (Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981), pp. 130 y ss.

⁴ Henry Kissinger, *World Order* (Nueva York: Penguin, 2014), p. 26.

los estándares internacionales que permiten reconocer a Estados⁵. Así, en el Derecho Internacional, el Estado se compone de los cuatro elementos, a saber, (i) territorio definido; (ii) población permanente; (iii) gobierno efectivo y (iv) la capacidad de establecer relaciones internacionales con otros Estados⁶.

De lo anterior puede concluirse que, tradicionalmente, el *cometido existencial del Estado* es el ejercicio del monopolio legítimo de la fuerza *para garantizar la seguridad de las personas y de los bienes*⁷. En el Derecho Constitucional el Estado puede ser definido como la organización jurídica que ejerce la soberanía estatal sobre un conjunto determinado de personas en un territorio dado⁸. El Derecho Constitucional, de esa manera, se encarga de organizar al Estado a través de las reglas que regulan el cumplimiento de los cometidos públicos, fijando a su vez el sistema de pesos y contrapesos que previene el abuso de poder y garantiza la protección jurídica del ciudadano⁹. Por ello, y bajo la interpretación tradicional del derecho a la “autodeterminación de los pueblos”, corresponde al Derecho Constitucional de cada país definir el listado de cometidos públicos y, por ende, definir los procedimientos a través de los cuales el Estado cumplirá esos cometidos y protegerá los derechos del ciudadano. Esto explica por qué, tradicionalmente, es el Derecho Público doméstico -y no el Derecho Internacional Público- el que define los cometidos estatales¹⁰.

⁵ El reconocimiento del Estado implica la existencia de un Gobierno que ejerza la soberanía efectivamente sobre el territorio y sobre la población, al margen de que se trate de un Gobierno de *iure* o *de facto*. En tal sentido, el Gobierno equivale a la comunidad política estable. El concepto, sin embargo, a pesar de remitir a la idea de Weber, resulta bastante impreciso. En general, vid. James R. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 167 y ss.

⁶ Natasha Ezrow y Erica Frantz, *Failed States and Institutional Decay* (Nueva York-Londres: Bloomsbury, 2013), p. 17. Este concepto deriva del artículo 1 de la *Convención sobre derechos y deberes de los Estados*, suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana, en Montevideo (1933).

⁷ De allí el rol que la Fuerza Armada o Ejército cumple en el ejercicio efectivo de la soberanía como elemento constitutivo del Estado, de acuerdo con Heller.

⁸ El Estado es, así, un concepto jurídico, en el sentido que existe desde determinado ordenamiento jurídico, que define sus reglas de funcionamiento. De acuerdo con Hans Kelsen, el concepto de Estado es propio del orden jurídico nacional. Vid.: Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (México D.F.: Universidad Autónoma Nacional de México, 1958), pp. 216 y ss.

⁹ El Derecho Constitucional comparado permite clasificar a la Constitución en dos grandes partes: una orgánica, que organiza al Estado típicamente a través del principio de separación de poderes, y la parte dogmática, con el catálogo de derechos del ciudadano, que constituyen límites a la actuación del Estado. Lo importante de esta distinción -meramente académica- es que realza que la existencia jurídica del Estado deviene directamente de la Constitución. Cfr.: Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Alianza, 1984), pp. 33 y ss.

¹⁰ La definición de cometidos públicos ha sido, tradicionalmente, función del Derecho doméstico, debido a que ello corresponde a un asunto interno que debe ser soberanamente decidido por cada

La evolución del Estado luego de la Segunda Guerra Mundial ha estado signada por la ampliación de los cometidos estatales a través de la cláusula del Estado Social o del Estado de Bienestar¹¹. Así, el Estado asumió como cometido la promoción de condiciones de igualdad material, lo que incluso se tradujo en el reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que son, en realidad, “derechos prestacionales”, en tanto su satisfacción requiere de prestaciones específicas¹².

El Derecho Internacional no fue ajeno a esta transformación, pues también en este contexto comenzaron a reconocerse derechos prestacionales, en especial, en el marco de la *mundialización* de tales derechos¹³. Destaca, desde esta perspectiva global, el énfasis dado al *derecho al desarrollo humano*¹⁴. A resultas de todo esto, el Derecho Internacional ha pasado a tener mayor injerencia en la definición de cometidos públicos, pues también desde el Derecho Internacional se asignan cometidos asociados al señalado derecho al desarrollo humano, aun cuando la eficacia jurídica de los principios y normas de Derecho Internacional

Estado en virtud del principio de “autodeterminación de los pueblos”. Típicamente, la Constitución de cada Estado define cuáles son esos cometidos.

¹¹ Recientemente, vid. Ignacio Sotelo, *El Estado Social: antecedentes, Origen, Desarrollo y Declive* (Madrid: Trotta, 2010), pp. 139 y ss.

¹² Sobre los derechos constitucionales prestacionales, vid.: José Ramón Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación, Estado social y derechos de prestación* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), pp. 44 y ss., y Ángel Garcés Sanagustín, *Prestaciones sociales, función administrativa y derecho de los ciudadanos* (Madrid: McGraw Hill, 1996), pp. 47 y ss. En Latinoamérica, los derechos sociales como derechos constitucionales son componentes del denominado “neoconstitucionalismo”. Vid.: Miguel Carbonell, ed., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (Madrid; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Trotta, 2007). Recientemente, vid. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales* (Madrid: Global Law Press-INAP, 2015), pp. 17 y ss. Desde la panorámica comparada, vid. Katherine Young, *Constituting economic and social rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp.- 288 y ss.

¹³ Carlos Ayala Corao, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del Derecho*, ed. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2009), pp. 93 y ss., y Jerome J Shestack, “Globalization of Human Rights Law”, *Fordham International Law Journal, Volume 21, Issue 2* (1997): p. 558.

¹⁴ Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos se ha reconocido que existen derechos humanos relacionados con necesidades esenciales cuya protección requiere, por ello, la efectiva satisfacción de esas necesidades. A fines de la década de los setenta, esta idea fue desarrollada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una década más tarde se dicta, con similar propósito, el Protocolo de San Salvador, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Más recientemente, estos derechos tienden a sintetizarse en el concepto del “derecho al desarrollo”. Vid.: Felipe Gómez Isa, *El Derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional* (Bilbao: Universidad de Deusto, 1999), pp. 63 y ss.

en la materia no es necesariamente clara¹⁵. Con lo cual, la globalización -o mundialización del Derecho- ha atemperado la diferencia entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional, en especial, en cuanto concierne a la definición de cometidos públicos¹⁶.

Ahora bien, la expansión de los cometidos públicos a través del reconocimiento de derechos prestacionales asociados al derecho al desarrollo humano ha propendido a la expansión del rol de la Administración Pública. En efecto, aun cuando todos los Poderes Públicos participan en la satisfacción de los cometidos públicos, es a la Administración Pública a quien corresponde la satisfacción inmediata y concreta de estos cometidos¹⁷. En especial, corresponde a ésta garan-

¹⁵ La protección jurídica de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales reconocidos en Tratados Internacionales puede conducirse por medio de cauces formales previstos en cada sistema, pero el derecho al desarrollo humano luce más como un principio general, que ampara derechos que, siempre de acuerdo con el Tratado aplicable, podrían ser tutelables. Cfr.: Markus Kaltenborn, *Social Rights and International Development Global Legal Standards for the Post-2015 Development Agenda* (Nueva York: Springer, Heidenberg, 2015), pp. 5 y ss.

¹⁶ Aun cuando la globalización es un concepto predominantemente económico, tiene también implicaciones jurídicas, en el sentido que el ordenamiento jurídico ya no es exclusivamente estatal, en tanto hay también un ordenamiento jurídico global más allá del Estado. Vid. Sabino Cassese, *The global polity* (Sevilla: Global Law Press, 2012), pp. 15 y ss. Como se ha observado, “*en la actualidad, el Derecho tiende a emanciparse de manera creciente de las estructuras estatales como consecuencia de su apertura a la globalización y a las transformaciones que ésta produce*”. Cfr.: Luis Arroyo Jiménez, et al, Presentación de *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos* (Madrid: Iustel, 2020), p. 13.

¹⁷ Se debe a la doctrina italiana la tesis de acuerdo con la cual la actividad administrativa es aquella actividad estatal orientada a la gestión concreta del interés público. Cfr.: Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Primer Volumen, octava edición (Milano: Giuffrè, 1958), pp. 1 y ss., así como Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo, I*, décimo tercera edición (Nápoles: Jovene Editores, 1982), pp. 6 y ss. Por ello, se ha señalado que Administración es el instrumento para la consecución o realización de fines (Germán Fernández Farreres, *Sistema de Derecho administrativo* (Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2012), pp. 51 y ss.

tizar la satisfacción de necesidades esenciales asociadas a derechos prestacionales¹⁸, en lo que se ha denominado la “Administración Pública prestacional”¹⁹. Por ello, el Estado siglo XX se configuró, básicamente, como un “Estado administrativo”²⁰, todo lo cual ha propendido a la difusión de la tradicional diferencia entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo²¹.

Cabe acotar que el reconocimiento de estos derechos prestacionales, y en especial, del derecho al desarrollo, no niega el rol de la iniciativa privada en la satisfacción de estas necesidades esenciales. Por el contrario, el Derecho Público ha establecido límites específicos a la actividad del Estado y de su Administración Pública prestacional orientados a garantizar la satisfacción de las necesidades esenciales, a través de los principios de menor intervención y subsidiariedad²². En apretada síntesis, estos principios imponen que la actividad administrativa orientada a la satisfacción de necesidades esenciales es subsidiaria a la libre iniciativa privada, con lo cual, esas necesidades deben ser satisfechas a través del libre intercambio de bienes y servicios. Debido a que este mecanismo de mercado suele fallar -en lo que se conoce como “fallas de mercado”- el Estado, típicamente a través de la actividad administrativa de limitación, asume como cometido la corrección de esas fallas. Si a pesar de ello hay necesidades esenciales

¹⁸ Jurídicamente esta tesis se enfrenta al problema de la indeterminación de los cometidos públicos asociados a los derechos prestacionales. Estos derechos suelen reconocerse en términos amplios y poco precisos, lo que constituye un obstáculo para su efectiva protección judicial. Vid.: José Luis Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998), pp. 48-50 y Cossío Díaz. Véase también a Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Editorial Trotta, 2004), pp. 37 y ss. Asimismo, vid. Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer McGregor, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa* (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Editorial Flores, 2014), y Eduardo Ferrer McGregor, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017).

¹⁹ Luciano Parejo Alfonso, “El Estado social y la Administración Prestacional”, *Revista Vasca de Administración Pública número 57* (2000): pp. 17-47, y José María Rodríguez de Santiago, *La Administración del Estado social* (Madrid: Marcial Pons, 2007), p. 93.

²⁰ Waldo Dwight, *The administrative state. A study of the political theory of American public administration* (New Brunswick: Transaction Publishers, 2007), pp. 65 y ss.

²¹ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Aproximación al Derecho administrativo Constitucional* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007), p. 155 y ss.

²² Véase, en sentido tradicional, a Hans-Julius Wolff, “Fundamentos del Derecho Administrativo de Prestaciones”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso, Tomo V*, coord. por León Cortiñas-Peláez (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969), pp. 355 y ss. Recientemente, vid. Germán Fernández Farreres, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, coord. por Luis Cosculluela Montaner (Madrid: Civitas, 2003), pp. 165 y ss.

insatisfechas -por cuanto el mercado resultó incompleto- entonces, el Estado debe avanzar a través de la actividad administrativa prestacional, la cual abarca una gama variada de técnicas, desde subsidios hasta la gestión directa de actividades económicas y sociales²³.

Con lo cual, y siguiendo a Sebastián Martín-Retortillo Baquer, puede concluirse que la Administración Pública cumple los cometidos del derecho al desarrollo humano a través de dos modalidades de actividad administrativa: (i) la actividad de limitación, típicamente para atender fallos de mercado, y (ii) la actividad prestacional, para garantizar la satisfacción de necesidades esenciales, cuando el mercado es incompleto. Esta actividad prestacional, conforme al principio de menor intervención, debe procurar lograr ese objeto a través de la actividad de fomento y, de ser ello insuficiente, a través de la gestión directa de actividades económicas orientadas a la satisfacción de esas necesidades²⁴. La figura de Derecho Administrativo que mejor describe este rol de la Administración Pública es el “servicio público”, como técnica de la actividad administrativa por medio de la cual se satisfacen necesidades de interés general de acuerdo con principios generales como la igualdad²⁵.

En el siglo XXI ha quedado en evidencia que la expansión de la Administración Pública también se ha producido en el orden global, como resultado de la globalización. Esto ha permitido el estudio del “Derecho Administrativo

²³ El funcionamiento de los mecanismos de mercado asume que el libre intercambio es el instrumento que mejor asegura la eficiencia económica. Sin embargo, en ocasiones los mercados pueden fallar, lo que se traduce en mercados *incompletos*, esto es, mercados que no pueden ofrecer los bienes y servicios necesarios para atender toda la demanda al precio de equilibrio. Véase en general a Joseph Stiglitz y Jay Rosengard, *Economics of the public sector* (Nueva York: W.W. Norton Company, 2015), pp. 59 y ss. Desde el punto de vista jurídico, por todos, vid., Juan de la Cruz Ferrer, *Principios de regulación económica en la Unión Europea* (Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002), pp. 136 y ss., así como José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y Regulación económica* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2006), pp. 148 y ss.

²⁴ Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico, Tomo I* (Madrid: La Ley, 1991), pp. 50 y ss.

²⁵ En el Derecho Administrativo Iberoamericano, el concepto de servicio público se ha inspirado en la tesis de Duguit, de acuerdo con la cual el Estado debe garantizar la satisfacción de necesidades de interés general, para asegurar su prestación continua y regular, en igualdad de condiciones. Cfr.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa "León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público", *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 5 (2011): pp. 43 y ss. A fines del siglo XX comenzó a postularse la necesidad de formular un “nuevo concepto” de servicio público, en el cual el rol de la Administración Pública tiende a concentrarse en la regulación de la libre iniciativa privada. Vid. Gaspar Ariño Ortiz, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en *El nuevo servicio público* (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 25 y ss. Las necesidades esenciales al derecho al desarrollo humano tienden a coincidir con lo que en Derecho Administrativo se conoce como servicio público en sentido material, o sea, las actividades de interés general cuya satisfacción debe ser garantizada por la Administración Pública.

Global”²⁶. Así, el reconocimiento internacional del derecho al desarrollo en el marco de la mundialización de los derechos humanos ha propendido al cambio de enfoque del Derecho Internacional, concebido como un Derecho Global. En especial, desde el Derecho Público se ha postulado la existencia del Derecho Administrativo Global, e incluso, del Derecho Constitucional Global, para describir en especial a los organismos internacionales que participan en el proceso de toma de decisiones relacionados con la satisfacción de cometidos estatales, incluso, relacionados con el derecho al desarrollo. Resalta, así, el rol de la Organización de Naciones Unidas a través de la promoción del desarrollo internacional basado en la tesis de Amartya Sen, conforme a la cual, el desarrollo requiere la expansión de las libertades individuales²⁷. Asimismo, destaca el rol de los derechos prestacionales en el llamado *Ius Constitutionale Commune* en Latinoamérica²⁸.

2. La expansión de los cometidos públicos y la “brecha de capacidad estatal”: las emergencias humanitarias

En el estudio jurídico del Estado es preciso reparar en un concepto que no esa usualmente tratado en el Derecho Público. Nos referimos a la capacidad estatal, la cual puede ser definida como la *aptitud del Estado de cumplir efectivamente con sus cometidos públicos a través del ejercicio de su soberanía*. En este concepto sobresale la figura de los cometidos públicos, esto es, las tareas que el Estado debe cumplir a través del ejercicio de su soberanía, y que como tal, son cambiantes en el

²⁶ Entre muchos otros, vid.: Manuel Ballbé, “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública* N° 175 (2007): pp. 215 y ss; Carlos E. Delpiazzo, “Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global”, en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo, Tomo II*, coord. por Víctor Hernández Mendible (Caracas: Ediciones Paredes, 2009), pp. 1286 y ss.; José Luis Meilán Gil, *Una aproximación al Derecho administrativo global* (Madrid: Global Law Press – Editorial Derecho Global, 2011), pp. 15 y ss. y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El Derecho administrativo global: un derecho principal”, *Revista de Derecho Público* N° 120 (2009): pp. 7 y ss. Los principales estudios de los profesores de Estados Unidos Benedict Kingsbury y Richard Stewart dedicados a este tema han sido traducidos al español en la obra Benedict Kingsbury y Richard Stewart, *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* (Sevilla: Global Law Press-Editorial de Derecho Global, 2016), editada por Javier Barnes. Recientemente, puede verse también a Kingsbury, Benedict, et al, “Global Administrative Law and Deliberative Democracy”, en *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, ed. Por Anne Orford y Florian Hoffmann (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp. 526 y ss.

²⁷ Amartya Sen, *Development as freedom* (Nueva York: Anchor Books, 1999), pp. 35 y ss.

²⁸ Armin Von Bogdandy, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado* N° 34 (2015): pp. 3 y ss. Véase igualmente a Rodolfo Arango, “Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, coord. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales y Eduardo Ferrer (México D.F.: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, 2017), pp. 179 y ss.

tiempo²⁹. En este sentido, la capacidad depende de cuatro elementos que conviene diferenciar.

Por un lado, la capacidad estatal depende de los *funcionarios*, esto es, las personas al servicio del Estado que llevan a cabo las tareas necesarias para cumplir con sus cometidos. La capacidad de los funcionarios está condicionada por varios factores, entre los cuales destaca su número, organización y capacitación. Es por ello que un componente esencial del Derecho Público es la función pública, pues la existencia de funcionarios capaces y formados es condición necesaria para la eficaz gestión de los cometidos públicos.

Junto a ello, encontramos *los recursos financieros*. El gasto público es un componente esencial para la atención de los cometidos públicos, de lo cual resulta que la capacidad estatal también depende de la capacidad del Estado de recaudar ingresos, típicamente a través de *tributos*.

La *infraestructura* es otro componente esencial de la capacidad estatal. Este concepto alude a los bienes o servicios necesarios para el cumplimiento de los cometidos estatales.

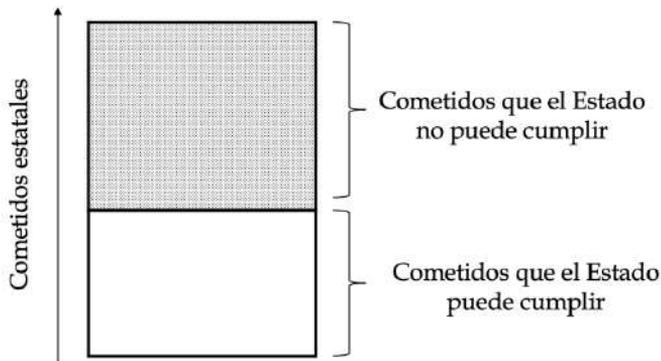
La *organización* del Estado es el cuarto elemento de la capacidad estatal. Los funcionarios, recursos e infraestructura deben estar articulados en torno a reglas que permitan su funcionamiento eficiente y efectivo.

Para el Derecho Público el estudio de la capacidad estatal es fundamental, pues la implementación del ordenamiento jurídico requiere que el Estado cuente, efectivamente, con los cuatro elementos ya señalados. Así, el Derecho Constitucional define las reglas orientadas a asegurar que la actividad estatal orientada a promover el desarrollo humano atienda a los estándares de la buena gobernanza. Empero, sin capacidad estatal, esas reglas no podrán ser implementadas. Por lo tanto, la promoción del desarrollo humano y la satisfacción de derechos prestacionales requiere que el Estado cuente con capacidad adecuada, en un doble sentido: (i) la capacidad para desplegar la actividad destinada a dar satisfacción a los cometidos asociados al desarrollo, típicamente, a través de la Administración Pública, y (ii) la capacidad para implementar los controles orientados a prevenir la arbitrariedad en esa actividad³⁰.

²⁹ Desde la perspectiva de los cometidos públicos, véase la aproximación tradicional de Enrique Sagués Laso, *Tratado de Derecho administrativo, I* (Montevideo: Barreiro y Ramos, 1974), pp. 48 y ss.

³⁰ Véase en especial a José Ignacio Hernández G., “Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales”, en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, coord. por Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi (Salvador: Editora JusPodivm, 2019), pp. 681 y ss.

Es por lo anterior que el concepto de Estado de Weber presupone que el Estado tenga capacidad para implementar efectivamente esas reglas del Derecho Constitucional, en especial, a través de la coacción ejercida al amparo del monopolio legítimo de la violencia. Sin embargo, como Risse observó, el concepto de Estado de Weber es un modelo teórico que rara vez existe en la práctica, pues lo que puede apreciarse son áreas en las cuales falla la capacidad estatal, y que Risse llama “áreas de limitada estatalidad”³¹, esto es, áreas en las cuales el Estado y el Derecho Público no pueden regular efectivamente la conducta humana. Desde el derecho al desarrollo, estas áreas de limitada estatalidad se traducen en la incapacidad del Estado y de su Administración Pública de satisfacer necesidades esenciales. Esto da lugar a lo que se conoce como “brecha en la capacidad estatal”, concepto que gráficamente puede expresarse de la siguiente manera³²:



33

Los cometidos estatales exigen de una adecuada capacidad estatal, representada en el plano vertical. Mientras mayores sean esos cometidos, mayor será el grado de capacidad exigible al Estado. La brecha de capacidad estatal -área sombreada- describe la situación en la cual el Estado no cuenta con capacidad suficiente para cumplir con los cometidos públicos definidos en la Constitución y en su caso, el Derecho Internacional. Con lo cual, el Derecho Público define el conjunto de cometidos que el Estado *debe* atender, aun cuando en la práctica, el Estado solo *pueda* cumplir con un conjunto menor de cometidos. Ello se traduce especialmente en la incapacidad de la Administración Pública de promover

³¹ Thomas Risse, “Governance in Areas Of Limited Statehood”, en *The Oxford Handbook of Governance*, ed. por David Levi-Faur (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 700 y ss.

³² Ghani y Lockhart aluden al Estado disfuncional a partir del concepto de “brecha en la soberanía” (“sovereignty gap”). Cfr.: Ashraf Ghani y Claire Lockhart, *Fixing failed states* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 21 y ss.

³³ **Cuadro N° 1 Brecha en la capacidad estatal**

la satisfacción efectiva de los derechos prestacionales asociados al derecho al desarrollo humano.

Sin embargo, esta incapacidad no quiere decir que esas necesidades queden insatisfechas. Por el contrario, la sociedad civil puede organizarse para proveer mecanismos informales de satisfacción de esas necesidades, que incluso podrán ser mecanismos antijurídicos, esto es, mecanismos distintos aquellos expresamente regulados en el Derecho Público. El mejor ejemplo es el llamado mercado negro de bienes considerados esenciales, y cuya provisión no puede ser garantizada por el Estado³⁴.

Así, la existencia de brechas en la capacidad estatal ha permitido observar cómo en las “áreas de limitada estatalidad”, pueden surgir instituciones informales orientadas a satisfacer necesidades esenciales por mecanismos distintos a los recodidos en las técnicas de intervención administrativa reguladas en el Derecho Público, y que el Estado no puede aplicar por su inadecuada capacidad estatal. Esto coincide con lo que Douglas North llamó “instituciones informales”, esto es, reglas de conductas socialmente asumidas³⁵. Desde el punto de vista del Derecho, ello abarca a las fuentes informales del Derecho, como la costumbre *praeter legem*. Pero también comprende arreglos informales contrarios a las instituciones formales, en lo que el Derecho conoce como “*costumbre contra legem*”³⁶.

Precisamente, cuanto *falla la capacidad estatal, las instituciones formales del Derecho Público pueden ceder a favor de instituciones informales*, que incluso, pueden derivar

³⁴ El mercado negro, a veces denominado “economía en la sombra”, o -quizás equívocamente- “economía informal”, describe a los mecanismos de intercambio de bienes y servicios que no se ajustan al marco jurídico establecido en la regulación aplicable, típicamente, mediante limitaciones administrativas. Frente a canales formales previstos en esa regulación, surgen canales informales, que por ello, tienden a ser antijurídicos, como sucede típicamente con el contrabando, y en general, con la corrupción por medio de la cual se obvian los controles aplicables. Vid. Friedrich Schneider, “Shadow economies and corruption all over the world: what do we really know?”, en *The Shadow Economy, Corruption and Governance*, ed. por Michael Pickhardt y Edward Schinnick (Cheltenham: Edward Elgar, 2008), pp. 122 y ss.

³⁵ En la teoría económica del desarrollo, se alude a los “tratos sociales” para describir las instituciones formales que surgen de acuerdos sociales al margen del Estado, típicamente, para satisfacer necesidades que no quedan cubiertas por mecanismos de gobernanza pública. Vid. Lant Pritchett, et al, *Deals and Development* (Oxford: Oxford University Press, 2018), pp. 24 y ss.

³⁶ Debe advertirse que el concepto económico de instituciones difiere del sentido que la expresión tiene en Derecho. Para North, las instituciones son las reglas vinculantes de conducta humana, y que en especial, determinan el proceso de intercambio de bienes y servicios. Tales reglas pueden ser formales -como la Ley o el contrato- o informales -como la costumbre. Vid.: Douglas North, *Institutions, institutional change and economic performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), pp. 36 y ss.

en arreglos contrarios a los previstos en el Derecho Público. Por lo tanto, la brecha en la capacidad estatal marca una diferencia entre el *deber ser* y el *ser*, que en este trabajo, se identifica con la diferencia entre las “*instituciones de iure*” y las “*instituciones de facto*”. Las instituciones *de iure* son las reglas formales definidas desde la Constitución y en Derecho Internacional, mientras que las instituciones *de facto* son reglas informales que rigen en las “áreas de limitada estatalidad”, ante la incapacidad del Estado de cumplir con sus cometidos. En el cuadro número 1, el área sombreada describe el ámbito en el cual pueden surgir estas instituciones *de facto*.

Tomemos el ejemplo del derecho a la alimentación. La provisión de alimentos a través de la actividad administrativa prestacional se rige por reglas objetivas de general aplicación que prohíben el trato discriminatorio y que incluso pueden ser tuteladas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Precisamente, el principio de igualdad en el concepto de servicio público describe estas características de las instituciones formales del Derecho Público (Global) asociadas a la satisfacción de derechos prestacionales. La existencia de brechas en la capacidad estatal puede afectar la capacidad de la Administración Pública de desplegar las técnicas de intervención diseñadas para dar satisfacción al derecho a la alimentación, lo que puede llevar a la sociedad civil a organizarse por medio de instituciones informales -y eventualmente antijurídicas- de provisión de alimentos, como el mercado negro. Pero estas instituciones informales resultan insuficientes para asegurar la correcta satisfacción de necesidades esenciales asociadas al derecho a la alimentación, lo que puede traducirse en la exclusión de los sectores más vulnerables de la población.

Por ello, las brechas en la capacidad estatal pueden afectar el acceso de sectores vulnerables de la población a bienes y servicios esenciales vinculados al derecho al desarrollo humano. En situaciones extremas, esto puede dar lugar a *emergencias humanitarias*, esto, graves crisis que afectan la capacidad del Estado y que producen la exclusión de sectores de la población de bienes y servicios esenciales en detrimento del derecho a la vida, a la salud y a la dignidad humana³⁷. El ejemplo es la *hambruna*, que es, en esencia, la emergencia humanitaria que

³⁷ Mark Anderson, y Michael Gerber, “Introduction to Humanitarian Emergencies”, en *Health in Humanitarian Emergencies: Principles and Practice for Public Health and Healthcare Practitioners*, ed. por David Townes (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 1 y ss. Partiendo del concepto de “desastre” asumido por la *Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres*, la emergencia humanitaria se define como todo evento con efectos disruptivos sobre la sociedad, sin que ésta tenga capacidad para atender las consecuencias de tal evento, de lo cual surgen situaciones de riesgo para derechos humanos, en especial, el derecho a la vida y a la salud. Nótese que la clave es la incapacidad del sociedad -y por ende, del Estado- de hacer frente a tal situación.

surge cuando amplios sectores de la población no pueden acceder a bienes y servicios esenciales asociados al derecho a la alimentación³⁸.

Esas emergencias pueden responder a causas distintas, pero siempre se relacionan con brechas en la capacidad estatal. Por un lado, hay emergencias que derivan de causas naturales que generan necesidades que exceden la capacidad del Estado. Esas causas naturales pueden ser incluso globales, esto es, causas que van más allá del territorio del Estado, lo que supone una limitación adicional, pues por diseño, el Estado no cuenta con capacidad adecuada para paliar esos riesgos globales³⁹. De esa manera, frente a riesgos globales al derecho al desarrollo, el Derecho Público se torna inadecuado, en tanto la protección de derechos prestacionales frente a riesgos globales debe ser atendido desde el Derecho Global⁴⁰. Precisamente, la pandemia de coronavirus (COVID-19) ha puesto en evidencia la fragilidad del Estado para articular respuestas efectivas a riesgos globales. Pese a ello, sin embargo, la técnica común a la cual se ha acudido para responder a esa crisis es a través del estado de emergencia o estado de alarma. Esta técnica puede ser adecuada para atender riesgos domésticos, pero se torna insuficiente para responder a riesgos globales⁴¹.

Por el otro lado, las emergencias humanitarias pueden responder a colapsos en la capacidad estatal debido a crisis políticas asociadas con el deterioro de la democracia constitucional. Estas crisis son resultado de fallas en el Derecho Público, en tanto éste no puede prevenir medidas autoritarias que socavan la democracia constitucional y con ello la capacidad estatal. Aquí suele aludirse a *emergencias humanitarias complejas*, concepto que ampliaremos en la sección siguiente. Por ahora, basta con señalar que este concepto arropa a las emergencias humanitarias cuyas causas están relacionadas con conflictos políticos. Los riesgos

³⁸ Amartya Sen, *Poverty and famines. An essay on entitlement and deprivation* (Nueva York: Clarendon Press-Oxford University Press, 1982), pp. 10 y ss.

³⁹ De la Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, vid. OCHA, *Brief.No. 1: Global Challenges and Their Impact on International Humanitarian Action* (Nueva York: OCHA Occasional Policy Briefing Series, 2010).

⁴⁰ Por ejemplo, desde la Unión Europea, vid. Inge Govaere y Poli Sara, *EU Management of Global Emergencies: Legal Framework for Combating Threats and Crises* (Leiden: Brill Nijhoff, 2014), pp. 1 y ss.

⁴¹ Por ejemplo, vid. Daron Acemoglu, “Unknowns, Challenges and Opportunities in the Time of Covid-19”, Massachusetts Institute of Technology, abril de 2020. Sobre los problemas en el Derecho Administrativo derivados de los estados de excepción acordados con ocasión a la pandemia, entre otros, vid. Tom Ginsburg y Tom Versteeg, 17 de abril de 2020 “States of Emergencies: Part I”, *Harvard Law Review Blog*, <https://blog.harvardlawreview.org/states-of-emergencies-part-i/>

globales a la salud, como la pandemia, agravan las consecuencias de esas emergencias⁴².

3. Las instituciones de la buena gobernanza, la buena Administración y la brecha de capacidad estatal: una reflexión crítica

La expansión de los cometidos estatales generó, en el Derecho Internacional, diversas propuestas para redefinir las actividades que el Estado debía atender, habida cuenta de la así denominada “crisis del Estado social”⁴³. Un hito importante fue el *Informe del Banco Mundial de 1997*, sobre el nuevo rol del Estado, de acuerdo con el cual su intervención queda justificada por dos causas: la atención de los fallos de mercado y la promoción de la igualdad. Atendiendo a ello, el Informe identificó tres tipos de funciones del Estado: básicas, intermedias y activistas. En la medida en que la capacidad del Estado se fortalece, puede pasarse de las funciones básicas a las activistas. Esto llevó a una revisión de las actividades a cargo del Estado social, lo que en el contexto del llamado “Consenso de Washington”⁴⁴, se tradujo en propuestas de reducción de los cometidos públicos hacia las funciones intermedias. A fines del siglo pasado, tales propuestas influenciaron notablemente al Derecho Público, debido a reformas basadas en la privatización, la desregulación y la adopción de medidas regulatorias orientadas a promover la competencia efectiva. Llama la atención cómo estas reformas se implementaron con bastante homogeneidad en Iberoamérica -al margen de las particularidades de cada país⁴⁵.

Sin embargo, a comienzos de este siglo se asumió una posición más balanceada, que no se limita a valorar el aspecto *cuantitativo* del tamaño del Estado

⁴² Corinne Graff, 31 de marzo de 2020, “Don’t Leave Fragile States Behind in the Fight Against Coronavirus” *Institute for Peace of the United States*, <https://www.usip.org/publications/2020/03/dont-leave-fragile-states-behind-fight-against-coronavirus>

⁴³ Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública* 144 (1997): pp. 22 y ss.; Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “Las nuevas perspectivas de la Administración económica”, *Revista de Administración Pública número 116* (1988): pp. 31-46, y Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “La Administración Pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho”, en *Fragmentos de Derecho Administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2000), pp. 203-216.

⁴⁴ World Bank, *The State in a changing world* (Washington DC: World Bank, 1997), p. 27.

⁴⁵ En el Derecho Público Iberoamericano, estas propuestas fueron resumidas en la idea del “nuevo servicio público”, ya explicada. Vid. Luis Martín Rebollo, “Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)” en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, coord. por Luis Cosculluela (Madrid: Civitas, 2003), pp. 494 y ss.

sino también el aspecto *cualitativo*, o sea, de la calidad del Estado. Así, la Organización de Naciones Unidas, a través de la *Declaración del Milenio*⁴⁶ y más recientemente, de la *Agenda 2030*⁴⁷, enfatizó que el Estado cumple un rol esencial para el desarrollo, pero definiendo al desarrollo como el proceso de expansión de las capacidades individuales⁴⁸. A tales fines, el énfasis se colocó en la calidad de la actividad del Estado orientada a cumplir con el derecho al desarrollo, en lo que se denominó “buena gobernanza”, o “gobernanza democrática”⁴⁹.

Estos cambios llevaron al Derecho Público a preocuparse del estudio de la gobernanza⁵⁰. En términos generales, la gobernanza pública puede definirse como el proceso de toma de decisiones dentro del Estado. Por su parte, la buena gobernanza -o gobernanza democrática- es el proceso basado en principios propios de la democracia constitucional, como eficiencia, eficacia, transparencia, rendición de cuenta, legalidad, entre otros⁵¹. Estos principios, como se observa, son conocidos en el Derecho Público y coinciden con lo que recientemente se ha denominado “estándares de la buena Administración”.

En efecto, el Derecho Administrativo, inspirado en los estudios sobre la buena gobernanza, ha venido prestando cada vez mayor importancia a la calidad de la actividad administrativa. De esa manera, el principio de legalidad no

⁴⁶ Resolución N° 55/2, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de septiembre de 2000.

⁴⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/70/L.1).

⁴⁸ A los fines de este ensayo, el desarrollo económico es definido como el conjunto de condiciones que permiten la satisfacción adecuada de necesidades colectivas, tales y como salud y educación, Dwight Perkins *et al*, *Economics of Development* (New York: W.W. Norton, 2006), pp. 12. En especial, partimos del concepto de desarrollo promovido por Amartya Sen, esto es, el proceso orientado a ampliar las capacidades del individuo para ejercer su libertad, Amartya Sen, *Development and freedom...*, pp. 13 y ss. Desde esta perspectiva, el desarrollo es un concepto complejo, que va más allá del crecimiento económico, típicamente medido en función al incremento del producto interno bruto. Cfr.: Edward Taylor y Travis Lybbert, *Essential of Development Economics* (Oakland: University of California Press, 2015), pp. 203 y ss.

⁴⁹ Desde esta perspectiva, el concepto de gobernanza ha sido particularmente empleado desde el Banco Mundial. De acuerdo con Kaufmann *et al*, es posible la medición de la calidad del proceso por medio del cual el Estado atiende a sus cometidos, lo que se corresponde con el concepto de gobernanza. Vid.: Aart Kraay, Pablo Zoido-Lobaton y Daniel Kaufmann, *Governance Matters* (Washington DC: World Bank, 1999).

⁵⁰ Francisco Sosa Wagner, “Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo, Volumen I*, coord. Iñaki Aguirreazkuenaga (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2008), pp. 643 y ss.

⁵¹ Sobre el concepto de gobernanza, vid. Guy Peters, “Governance As Political Theory”, en *The Oxford Handbook of Governance*, ed. por David Levi-Faur (Oxford: Oxford University Press, 2015), pp. 34 y ss. y Thomas Risse, “Governance in Areas Of Limited Statehood”, en *The Oxford Handbook of Governance...*, pp. 700 y ss.

se agota en el cumplimiento de las vinculaciones negativas y positivas que derivan de la Ley, sino que además exige que la actividad de la Administración se ajuste a estándares orientados a reforzar su rol vicarial, esto es, que la actividad administrativa debe orientarse al servicio objetivo de los ciudadanos, lo que marca el postulado conforme al cual la Administración Pública pivota en la centralidad del ciudadano. Los estándares de la buena Administración responden, entonces, a la articulación sistemática de principios generales asociados a ese carácter vicarial, como es el caso de los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, rendición de cuenta, participación ciudadana, debido procedimiento administrativo, motivación y transparencia. Se trata, entonces, de los mismos principios que desde la teoría del desarrollo internacional informan a la “buena gobernanza”⁵².

El interés de la buena gobernanza en la teoría del desarrollo internacional se ha acrecentado dado el interés en estudiar la capacidad estatal para el cumplimiento de cometidos públicos y, en especial, para la promoción del desarrollo humano. Fukuyama, en tal sentido, ha estudiado el proceso de *construcción del Estado*, o si se quiere, de construcción de las capacidades del Estado⁵³. Asimismo, una importante corriente del pensamiento económico ha considerado que la buena gobernanza es un elemento determinante en la capacidad estatal y, por ende, en el desarrollo. La base de ese pensamiento está en el concepto de “instituciones”, desarrollo por Douglas North, esto es, las reglas coactivas que rigen la conducta humana, y que coadyuvan a prevenir la violencia⁵⁴. Desde la economía, por ello, las “instituciones de la buena gobernanza” son las reglas que limitan la acción del Estado y particularmente de la Administración Pública a través de los estándares de la buena Administración. Tales reglas derivan del Derecho Público y, en especial, del Derecho Constitucional, inspiradas en la democracia constitucional.

⁵² Vid. Juan Antonio Carrillo Donaire, “Buena administración ¿Un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, dir. por Juan Alfonso Santamaría Pastor (Madrid: La Ley, 2010), pp. 1137 y ss.; Beatriz Tomás Mallén, *El derecho fundamental a la buena administración* (Madrid: INAP, 2005), pp. 23 y ss., y Joaquín Tornos Más, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo, Volumen I...*, pp. 629 y ss. Véase igualmente a Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración* (Madrid: Reus, 2012), pp. 112 y ss. Para una perspectiva comparada, vid. Jaime Arana-Muñoz y José Ignacio Hernández G. coords., *Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2017).

⁵³ Francis Fukuyama, *State Building* (Ithaca: Cornell University Press, 2014), pp. 1 y ss.

⁵⁴ Douglas North, *Institutions, institutional change and economic performance...*, pp. 3 y ss.

Partiendo de esta teoría, Acemoglu y Robinson analizaron las “instituciones inclusivas” o sea, las reglas que inspiradas en la buena gobernanza fortalecen la capacidad estatal y, por ende, promueven el desarrollo⁵⁵. Esta posición es defendida también por quienes apuntan, como elemento central de la fortaleza del Estado, el monopolio legítimo de la violencia ejercido por medio de “instituciones abiertas” (North *et al*)⁵⁶.

Esta corriente de pensamiento económico, por ello, asigna al Derecho Público un rol fundamental en la promoción del desarrollo, a través de las instituciones inclusivas o instituciones de la buena gobernanza. Se trata, principalmente, de instituciones formales, traducidas en las reglas constitucionales, legales e incluso jurisprudenciales que organizan al Derecho Público sobre las bases de la democracia constitucional. Podría así señalarse que la primera institución inclusiva es la Constitución, que organiza al Estado y fija límites a su actividad a través de la separación de poderes, la supremacía constitucional y el reconocimiento de derechos fundamentales -incluyendo los derechos prestacionales asociados al desarrollo humano.

En concreto, las instituciones formales del Derecho Público se vinculan al desarrollo humano en dos sentidos. Por un lado, la existencia de esas instituciones genera incentivos favorables al crecimiento económico y, por ende, al desarrollo humano. Por el otro lado, el deterioro de esas instituciones genera desincentivos al crecimiento económico y, por ende, efectos adversos al desarrollo. Acemoglu y Robinson aluden a las “instituciones extractivas”, esto es, las reglas que arbitrariamente extraen riqueza de la sociedad civil, como controles centralizados sobre la economía, expropiaciones y otras desviaciones similares. Las instituciones extractivas son resultado del deterioro de la democracia constitucional, lo que Fukuyama denominada el declive político, esto es, crisis políticas que merman progresivamente las bases de la democracia constitucional y propician el advenimiento de regímenes autoritarios⁵⁷. En especial, este proceso de deterioro progresivo de la democracia constitucional puede ser resultado de la manipulación de las instituciones formales del Derecho Constitucional, en lo que Tushnet ha denominado el “Derecho Constitucional autoritario”, el cual se aso-

⁵⁵ Daron Acemoglu y James Robinson, *Why Nations Fail* (Nueva York: Crown Business, 2012), pp. 70 y ss.

⁵⁶ Esto es, los sistemas abiertos, en contraposición a los sistemas limitados, de acuerdo con Douglass North, John Wallis y Barry R. Weingast, *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history* (Nueva York: Cambridge University Press, 2012), pp. 11 y ss.

⁵⁷ Francis Fukuyama, *Political order and political decay* (Nueva York: Farrar, Strauss and Giroux, 2014), pp. 26 y ss.

cia también con el advenimiento de regímenes autoritario-populistas característicos del declive de la democracia constitucional en el siglo XXI⁵⁸. Esto produce un proceso en “cámara lenta” de deterioro de la democracia constitucional, que a la postre, incentiva el surgimiento de brechas en la capacidad estatal.

Diversas evidencias empíricas demuestran cómo hay correlación entre crecimiento económico y Estado de Derecho, en el sentido que los países con mayor producto interno bruto (PIB) per cápita tienden a tener mayor valoración en el índice de Estado de Derecho, de lo cual se deduce que el Derecho Constitucional crea condiciones favorables al desarrollo⁵⁹. Por su parte, Amartya Sen observó que *las hambrunas no se han registrado en regímenes democráticos, sino autoritarios*⁶⁰. La explicación de esta evidencia es intuitiva: las instituciones formales del Derecho Público diseñan controles llamados a prevenir abusos de poder y en general, la adopción de medidas autoritarias (o instituciones extractivas). Si hay fallas en la capacidad estatal, esos controles no podrán implementarse de manera efectiva, lo que propenderá a la adopción de medidas autoritarias que afectan el crecimiento económico, típicamente, al menoscabar derechos económicos individuales, como la propiedad privada y la libertad de empresa.

Sin embargo, en nuestra opinión, la importancia dada a las instituciones formales de la buena gobernanza se ha tergiversado, al considerarse que la promoción del desarrollo requiere como primera medida la adopción de instituciones inclusivas. Esto puede llevar al equívoco de entender que la existencia de las instituciones formales de la democracia constitucional es una condición necesaria y suficiente para la promoción del desarrollo.

Este enfoque resulta inadecuado pues las instituciones formales del Derecho Público no son “auto-aplicables”, en tanto ellas precisan de una adecuada capacidad estatal. En efecto, la implementación del sistema de pesos y contrapesos basada en la separación de poderes requiere de una adecuada capacidad a los fines de ejercer de manera efectiva los controles llamados a prevenir la arbi-

⁵⁸ Tom Ginsburg y Alberto Simpser, ed., “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes”, y Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism: Some Conceptual Issues”, en *Constitutions in Authoritarian Regimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 1 y 36.

⁵⁹ El Estado de Derecho se basa en instituciones que favorecen el crecimiento económico, en específico, la garantía de derechos económicos como la propiedad privada y la libertad de contratos, al tiempo que establece mecanismos efectivos de solución de controversias, al tiempo que promueve la certidumbre. Por ello, los países con mayor índice de Estado de Derecho tienden a tener un PIB mayor. Vid.: <https://www.lexisnexis.com/en-us/rule-of-law/measuring-the-rule-of-law.page>. En general, vid. Roberto Rigobón y Dani Rodrik, “Rule of Law, Democracy, Openness, and Income: Estimating the Interrelationships”, *The Economics of Transition Vol. 3. Número 13* (2005): pp. 533 y ss.

⁶⁰ Amartya Sen, *Poverty and famines. An essay on...*, pp. 160 y ss.

triedad del Estado. A su vez, el cumplimiento de cometidos asociados al derecho al desarrollo humano requiere, igualmente, de adecuada capacidad, en especial, por parte de la Administración Pública.

La existencia de fallas en la capacidad estatal es especialmente relevante desde la perspectiva de los derechos prestacionales vinculados al derecho al desarrollo humano, en tanto la satisfacción de esos derechos no es tarea que dependa únicamente de las reglas existentes. Especialmente en Iberoamérica, se ha promovido un marco normativo que no solo reconoce una amplia gama de derechos prestacionales, sino que además permite su tutela judicial, incluso, a través de mecanismos internacionales, como de manera destacada sucede con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ese marco normativo, además, se ha inspirado en estándares de la buena Administración, con lo cual, la Administración Pública no solo debe procurar la satisfacción de los múltiples derechos prestacionales reconocidos sino que, además, debe hacerlo por medio de procedimientos transparentes, eficientes y eficaces, entre otros principios generales aplicables. Mientras más completo es el marco normativo de los derechos prestacionales, mayores son las cargas de la Administración Pública⁶¹.

Con lo cual, el marco jurídico-formal que refuerza la protección de los derechos prestacionales, sin la debida capacidad estatal, solo quedará como un “ámbito *de iure*”. Fallas en la capacidad estatal pueden dejar desatendidas necesidades esenciales asociadas a derechos prestacionales, lo que puede agravar la desigualdad y la pobreza —todo lo cual deteriora la calidad de la democracia. Esas fallas, además, pueden derivar en la desviación de la actividad estatal orientada a satisfacer tales necesidades, por medio de prácticas clientelares. Finalmente, y en especial, esas fallas pueden dar lugar a mecanismos informales y eventualmente ilegales de satisfacción de esas necesidades, incluyendo la corrupción, ante la predominancia del “ámbito *de facto*”⁶².

La conclusión central de lo anterior es que la promoción del desarrollo, de conformidad con los cometidos asignados al Estado en Derecho Internacional y en el Derecho Constitucional, no depende únicamente de las instituciones formales en vigor, o sea, del ámbito de *iure*. Además, y principalmente, la promoción del desarrollo requiere que la Administración Pública cuente con la capacidad adecuada para la garantizar la satisfacción de las necesidades esenciales asociadas a derechos prestacionales.

⁶¹ Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014), pp. 55 y ss.

⁶² En general: Francis Fukuyama, *Political order al political...*, pp. 85 y ss.

Con lo cual, *la relación entre el Derecho Público y el desarrollo es de coevolución*: en la medida en que se promueve el desarrollo, se incrementa la capacidad para cerrar la brecha de capacidad estatal, y las instituciones informales se desplazan por las instituciones formales⁶³. De no tomarse en cuenta el concepto de brecha de capacidad estatal, las políticas de desarrollo podrán limitarse a reformas formales que, sin embargo, no tendrán vigencia en la práctica⁶⁴.

En resumen, las fallas en la capacidad estatal pueden afectar la eficacia de las instituciones formales del Derecho Público para satisfacer necesidades esenciales. Esta premisa obliga a introducir, en el Derecho Constitucional, el concepto de capacidad estatal, para realzar que la satisfacción de necesidades esenciales no depende -necesariamente- de la existencia de instituciones formales, ni tampoco de reformas formales a las instituciones en vigor. De esa manera, la promoción del desarrollo y la satisfacción de necesidades esenciales requiere determinar en qué medida las restricciones más determinantes al crecimiento económico están asociadas a brechas en la capacidad estatal⁶⁵, debido no solo al colapso doméstico de la capacidad estatal, sino también a riesgos globales, como la pandemia COVID-19.

III. El Estado frágil, la emergencia humanitaria compleja y el Derecho Público fallido

1. El “Estado fallido” y el “Derecho Público fallido”

El colapso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el surgimiento de nuevos Estados hacia finales del siglo XX puso en evidencia que el concepto de Estado de Weber no siempre se aplica en la práctica, y que un Estado puede tener existencia jurídica -basada en la Constitución- pero no existencia práctica. Para describir estos casos se acuñó la expresión “Estado fallido” Así, de acuerdo con Helman y Ratner, el Estado-nación fallido es aquel incapaz de mantenerse por sí mismo como miembro de la comunidad internacional. Las

⁶³ Ang Yuen, *How China escaped the poverty trap* (Ithaca: Cornell University Press, 2016), pp. 26 y ss.

⁶⁴ Ello permite comprender por qué, según ciertos estudios, las políticas de crecimiento económico a corto plazo no están relacionadas con reformas administrativas: esas reformas, en casos de fallos en la capacidad estatal, no pueden alcanzarse a corto plazo. Vid. Ricardo Hausmann, *el at*, “Growth accelerations” (Cambridge: John F. Kennedy School of Government Harvard University, 2005). Véase igualmente a Matt Andrews, *The Limits of Institutional Reform in Development: Changing Rules for Realistic Solutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 213 y ss.

⁶⁵ El concepto de “restricciones determinantes” al crecimiento, da cuenta de que el crecimiento puede ser afectado negativamente por varias causas, que no siempre pueden ser atendidas al mismo tiempo. De allí la pertinencia de efectuar un diagnóstico de crecimiento para determinar, en cada caso, cuáles son las restricciones que con mayor intensidad afectan adversamente al desarrollo. Cfr.: Ricardo Hausmann, et al, “Growth diagnostic”, en Danni Rodrick, *One economics, many recipes* (Princeton: Princeton University Press, 2007), pp. 56 y ss.

causas que llevan a esa situación, en la aproximación inicial de este fenómeno, abarcan guerras civiles, rupturas de gobierno y otros conflictos internos que degeneran en caos, violencia y anarquía, generalmente asociados a violaciones graves de derechos humanos. En tal sentido, los autores estudiaron tres categorías: (i) el Estado fallido, que es aquel que ya no puede ejercer ninguna de las funciones propias del Estado; (ii) el Estado que está fallando, como aquel que, si bien mantiene un poder central, presenta signos graves de deterioro y (iii) los nacientes Estados derivados del desmembramiento de otros Estados y que todavía no han logrado consolidar su poder central⁶⁶. Posteriormente, a mediados de la década de los noventa, el estudio de este fenómeno se realizó en el marco de la lucha global en contra del terrorismo⁶⁷.

El concepto de Estado fallido fue luego ampliado, en parte, gracias a los trabajos de Robert Rotberg⁶⁸, quien apuntó que los Estados (o Estados-Naciones) fallan cuando se consumen en violencia interna, y en general, *cuando dejan de atender las necesidades esenciales*, o como lo denomina el autor, bienes políticos, particularmente, la garantía de la seguridad ciudadana, el derecho a la libre participación en asuntos públicos y, en ciertos casos, servicios médicos y educativos, entre otros. Con lo cual, se reconoce que el concepto de Estado fallido no se limita únicamente a casos de violencia interna, como guerras civiles, pues las fallas en la capacidad estatal pueden responder incluso a crisis políticas⁶⁹.

⁶⁶ Dentro del grupo de Estados fallidos se mencionaron los casos de Bosnia, Liberia y Somalia. Dentro de los Estados en vías de ser Estados fallidos se incluyeron a Etiopía, Georgia y Zaire. La última categoría comprende a los nacientes Estados del desmembramiento de la Unión de República Socialistas Soviéticas y Yugoslavia. Cfr.: Gerald B. Helman, y Steven R. Ratner, "Saving Failed States", en *Foreign Policy*, No. 89 (1992-1993), pp. 3 y ss.

⁶⁷ A petición del entonces Vicepresidente de Estados Unidos, Al Gore, la Agencia Central de Inteligencia creó un grupo de trabajo sobre Estados fallidos orientado a analizar los factores y fuerzas que afectaron la estabilidad de los Estados luego de la Guerra Fría. El grupo preparó tres informes (1995, 1998 y 2000). El concepto de Estado fallido, asumido en el Informe de 1995, se circunscribió a aquellos casos en los cuales los Estados son incapaces de sostenerse a sí mismos, todo lo cual lleva a la desaparición de la autoridad central por varios años. A tales efectos se consideraron cuatro eventos que pueden conducir al Estado fallido: guerras revolucionarias, guerras étnicas, procesos de transiciones fallidos y genocidios o magnicidios. (Daniel Esty, *et al*, "Working papers. State Failure Task Force Report" (1995), p. vii y ss.).

⁶⁸ Robert Rotberg, ed., "Failed States, Collapsed States, Weak States", en *State failure and State Weakness in a Time of Terror* (Cambridge – Washington DC: World Peace Foundation and Brookings Institution Press, 2003), pp. 1 y ss. Luego ampliado en "When States Fail", en *When State Fail: Causes and Consequences* (Princeton: Princeton University Press, 2004), pp. 1 y ss. Posteriormente, vid. Robert Rotberg, "Odious and Failed States, Humanitarian Responses", en *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?*, ed. por Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (Ohio: Ohio University Press, 2014), pp. 119 y ss.

⁶⁹ Robert Rotberg, "Failed States, Collapsed States...", pp. 2 y ss. En todos esos casos, se identificó a la guerra civil como un elemento determinante. Posteriormente (2004), el autor identificó casos de

De allí que el concepto de Estado fallido ha sido reformulado a través del concepto de Estado frágil. El cambio responde a tres propósitos. El primero, eludir la connotación peyorativa que tiene la expresión “Estado fallido”, asociada usualmente a graves desórdenes que justifican la intervención internacional, incluso militar. La segunda, es evitar el error de considerar que todo Estado que presenta fallas en su capacidad es por ello Estado fallido. Finalmente, este cambio recuerda que las fallas en la capacidad estatal responden a un amplio espectro entre dos extremos (el Estado con capacidad plena y el Estado sin capacidad), que como tal, son claramente excepcionales. En la práctica, todos los Estados tienen fallas en la capacidad estatal con lo cual, todos los Estados son frágiles, o tanto mejor, tienen algún grado de fragilidad⁷⁰.

Por ello, el Estado frágil puede definirse como aquel Estado que no cuenta con la capacidad suficiente para cumplir con sus cometidos, y que, por ello, presenta brechas de capacidad estatal.

El eje vertical mide la capacidad estatal mientras que el eje horizontal mide los cometidos públicos. El Estado que se ubica en el recuadro número 4 coincide con el Estado social sin brechas en la capacidad, mientras que el recuadro número 2 representa al Estado social con brechas en la capacidad estatal. Por su parte, el recuadro número 3 describe al Estado con cometidos mínimos sin brechas en la capacidad estatal, mientras que el recuadro número 1 describe a ese Estado, pero con brechas en la capacidad estatal. La evolución del Estado a resultas de la expansión de los cometidos públicos hace que, en la práctica, los recuadros más relevantes sean los números 4 y 2.

Entre ambos recuadros, por ello, se inserta toda la gama de fragilidad estatal. La fragilidad estatal responde a un proceso inverso a través del cual se forma el Estado. Así, en apretada síntesis, el Estado es resultado del proceso evolutivo de asentamiento de organizaciones sociales -en sus orígenes, como apuntó Tilly, similares a lo que hoy se conoce como crimen organizado⁷¹- en institucionales formales abstractas y generales, propias del Derecho Constitucional. Pero

Estados débiles cuya capacidad se venía agravando, sin pasar a ser, en todo caso, Estados Fallidos. Se citan, así, los ejemplos de Indonesia, Colombia, Zimbabue, Costa de Marfil y Tayikistán, entre otros (“When States Fail” ..., pp. 15 y ss.). Para la revisión de estos conceptos, vid. Susan Woodward, *The Ideology of failed States* (Nueva York: Cambridge University Press, 2017), pp. 12 y ss., y 34 y ss. Véase también Tiffany Howard, *Failed States and the Origins of Violence* (Surrey-Burlington: Ashgate: 2014), pp. 1 y ss.

⁷⁰ La organización *The Fund for Peace*, que mide la capacidad estatal, sustituyó el concepto de Estado fallido por Estado frágil, para evitar el contenido peyorativo de aquél. El Estado frágil describe las deficiencias en la capacidad estatal. Vid.: <http://fundforpeace.org/fsi/>

⁷¹ Charles Tilly, “War Making and State Making as Organized Crime”, en *Bringing the State Back In*, ed. por Peter Evans (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), pp. 167 y ss. Entre otros, vid.:

ese proceso puede ser involutivo, cuando tales instituciones formales degeneran en institucionales informales, que incluso, pueden fracturar el monopolio legítimo del ejercicio de la violencia (situación común en los recuadros número 1 y 2, correspondientes al área sombreada)⁷².

El deterioro de la democracia constitucional puede producir este proceso involutivo en dos posibles sentidos que conviene distinguir: las fallas asociadas al sistema de pesos y contrapesos y las fallas en gobernanza pública para promover el desarrollo humano.

Así, si el sistema de pesos y contrapesos del Derecho Público falla, se generarán incentivos para la corrupción y la implementación de políticas públicas arbitrarias, todo lo cual puede generar brechas en la capacidad estatal. Con lo cual, *el deterioro de la democracia constitucional puede contribuir al colapso de la capacidad del Estado para atender sus cometidos*. Ese deterioro puede ser súbito -golpes de Estado- o responder a procesos graduales de desmantelamiento progresivo de las instituciones formales de la democracia constitucional, en el marco del auge del autoritarismo populista⁷³. Lo cierto es que el deterioro de la democracia constitucional, al derivar en lo que Acemoglu y Robinson llamaron instituciones extractivas, puede afectar la capacidad del Estado de atender sus cometidos públicos, lo que propenderá a sustituir los mecanismos formales de la gobernanza pública por mecanismos informales -y muchas veces ilícitos- de gobernanza⁷⁴.

Pero también el Derecho Público puede fallar cuando la brecha de la capacidad estatal deriva en el surgimiento de áreas en las cuales el Estado no puede garantizar la satisfacción de necesidades esenciales asociadas al derecho al desarrollo humano. Ello puede derivar en el surgimiento de instrumentos de gobernanza informal y, en casos extremos, en emergencias humanitarias complejas.

Con lo cual, la interacción entre el Derecho Público y el Estado fallido puede dar lugar a un *círculo vicioso*: fallas en el Derecho Público propenden a fallas

Howard Abadinsky, *Organized crime* (Boston: Allyn and Bacon Inc., 1981), pp. 20 y ss.; James Finckenauer, "Organized Crime", en *The Oxford Handbook of Crime and Public Policy*, ed. por Michael Tonry (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp. 307 y ss., y Geoff Dean, et al, *Organized Crime: Policing Illegal Business Entrepreneurialism* (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 4. y ss.

⁷² Douglass North, John J. Wallis, Barry R. Weingast, *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history* (Nueva York: Cambridge University Press, 2012), pp. 1 y ss.

⁷³ Mark A. Graber, Sanford Levinson y Mark Tushnet, "Constitutional Democracy in Crisis?: Introduction", en *Constitutional Democracy in Crisis?:*, ed. por Mark A. Graber, Sanford Levinson y Mark Tushnet (Nueva York: Oxford University Press, 2018), pp. 1, así como Tom Ginsburg y Aziz Huq, *How to Save a Constitutional Democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 2018), pp. 7 y ss.

⁷⁴ En general, vid. Andrew Taylor, *State Failure* (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2013), pp. 133 y ss., y Howard, Tiffany, *The tragedy of failure...*, pp. 151 y ss.

en la capacidad estatal, las cuales a su vez afectan la implementación efectiva del Derecho Público. Tal círculo, especialmente en regímenes autoritarios que adoptan las llamadas instituciones extractivas -medidas arbitrarias que “extraen” riqueza de la sociedad- puede degenerar en emergencias humanitarias complejas, como se explica en la sección siguiente.

Tomando en cuenta todo lo anterior, el Derecho Público fallido puede definirse como aquel en el cual las instituciones formales de la democracia constitucional no tienen aplicación efectiva debido a fallas en la capacidad estatal que afectan el cumplimiento de los cometidos estatales. Esto es, el Derecho Público fallido es el Derecho Constitucional del Estado fallido. El Derecho Público fallido genera dos afectos adversos que conviene resumir: (i) debilita la calidad del sistema de pesos y contrapesos, todo lo cual propende a vicios en la actividad estatal, incluyendo la corrupción y (ii) afecta el grado de satisfacción de necesidades esenciales asociadas al derecho al desarrollo lo que puede dar lugar a emergencias humanitarias.

2. El Derecho Público fallido y la emergencia humanitaria compleja

En la sección anterior definíamos a la emergencia humanitaria como aquella situación en la cual amplios sectores de la población quedan privados del acceso a bienes y servicios esenciales. Tal emergencia puede responder a causas naturales o causas imputables a la acción humana, e incluso, puede derivar de riesgos globales -que atienden a causas naturales. Las emergencias humanitarias que responden a crisis políticas asociadas al colapso de la capacidad estatal son denominadas “emergencias humanitarias complejas”.

Según la Organización Mundial de la Salud, la emergencia compleja es “toda situación que afecta la calidad de vida y genera riesgos a la vida, como resultado de guerras, disturbios civiles y migraciones”. Esa emergencia se desenvuelve en entornos políticos y de seguridad hostiles⁷⁵. De acuerdo con David Keen, las emergencias complejas, llamadas también emergencias humanitarias complejas, son crisis humanitarias relacionadas con conflictos violentos -como guerras civiles, limpieza étnica y genocidios- con lo cual son emergencias generadas típicamente por la acción humana, aun cuando causas naturales pueden agravar sus consecuencias⁷⁶.

⁷⁵ B Wisner, y J. Adams, *Environmental health in emergencies and disasters. A practical guide* (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2002), pp. 4 y ss.

⁷⁶ David Keen, *Complex emergencies* (Malden: Polity Press, 2008), pp. 1 y ss.

En tal sentido, el Comité Permanente Interinstitucional, enfocado a la asistencia humanitaria, ha señalado que la crisis compleja es ocasionada en *países en los cuales ha colapsado la autoridad*, como resultado de conflictos civiles o agresiones extranjeras, con lo cual, tales crisis requieren respuestas desde la comunidad internacional, así como una importante labor de coordinación política doméstica⁷⁷. Este concepto, reiterado por la Oficina de la Organización de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, coloca el énfasis en las causas políticas de la crisis y sus consecuencias sobre los derechos humanos, todo lo cual delimita el ámbito de acción de la comunidad internacional⁷⁸. Así, la emergencia compleja agrava la *vulnerabilidad* de grandes sectores de la población⁷⁹, cuya vida y salud se encuentran en riesgo, especialmente debido a la escasez de medicinas, servicios de salud y alimentos, lo que incluso puede dar lugar a *hambrunas*⁸⁰. Es por ello, precisamente, que el estudio de esta emergencia se inserta en el llamado *Derecho Internacional Humanitario*, que en sentido amplio comprende los estándares internacionales que guían la acción de la comunidad in-

⁷⁷ Inter-Agency Standing Committee, Working Group XVth meeting, “Definition of complex emergencies”, 2004.

⁷⁸ Por ejemplo, véase el informe *Civil-Military Guidelines & Reference for Complex Emergencies*, Oficina para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, 2008.

⁷⁹ El concepto de vulnerabilidad es clave dentro del estudio de la emergencia compleja, pues ésta incide especialmente sobre la población que están en mayor posición de riesgo frente a las fallas en el cumplimiento de los cometidos estatales. Cfr.: Raimo Väyrynen, “Complex Humanitarian Emergencies: Concepts and Issues”, en *War, Hunger, and Displacement: Volume 1*, ed. por E. Wayne Nafziger et al (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 48.

⁸⁰ Actualmente el concepto de hambruna es técnico, y mide aquellas situaciones en las cuales la falta de acceso a alimentos –como índice revelador de fallas en la seguridad alimentaria– coloca en riesgo la vida de amplios sectores de la población. Por ejemplo, de acuerdo con la *Clasificación Integrada de las Fases de la Seguridad Alimentaria* (IPC), la hambruna existe en áreas en las cuales, incluso con asistencia humanitaria, al menos uno de cada cinco hogares se encuentra en una situación de extrema falta de alimentos y otras necesidades esenciales, con lo cual, el hambre extrema y la desnutrición son evidentes y la mortalidad es significativa, como resultado de la desnutrición o de la combinación entre desnutrición y otras enfermedades. *Guidelines on Key parameters for IPC Famine classification*, 2016, p. 2. La hambruna, la desnutrición y la pobreza conceptos relacionados aun cuando independientes. Cfr.: Amartya Sen, *Poverty and famines...*, pp. 39 y ss.

ternacional en crisis que colocan en riesgo los derechos humanos de amplios sectores de la población⁸¹ y que desbordan la capacidad del Estado que afronta esa crisis⁸².

Precisamente, *la emergencia compleja puede ser considerada como una consecuencia de las fallas en la capacidad del Estado*, en el sentido que la causa de tal crisis es la pérdida de capacidad estatal para proveer bienes públicos y, en general, asegurar la satisfacción de necesidades esenciales⁸³. De esa manera, la crisis es “compleja” por cuanto las causas que pueden llevar al colapso del Estado son igualmente complejas, pero en todo caso, relacionadas con políticas públicas o desórdenes y conflictos⁸⁴. En especial, *la emergencia humanitaria compleja puede estar causada por la degeneración de las instituciones del Derecho Público por medio de políticas arbitrarias*⁸⁵. Así, esas políticas arbitrarias, como resultado de regímenes autoritarios, pueden disminuir la capacidad del Estado de satisfacer ciertas necesidades esenciales⁸⁶. De esa manera, la efectiva implementación del sistema de pesos y contrapesos de la democracia constitucional debería impedir la adopción de políticas arbitrarias y los vicios en la actividad administrativa que debilitan la capacidad estatal, como la corrupción. Fallas en el Derecho Público pueden afectar la calidad de esos controles y propender a medidas autoritarias que a la par de socavar la capacidad estatal, afectan la satisfacción de derechos prestacionales.

⁸¹ Mark Duffield, “Complex Emergencies and the Crisis of Developmentalism”, en *IDS Bulletin Número 25-4* (1994), pp. 37-45. Entre otras, véase la Resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas RES/46/182, *Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations*, de 1991. El estudio de las hambrunas, precisamente, puede abordarse a través del concepto de emergencia compleja. Vid.: Jenny Edkins, *Whose hunger?: concepts of famine, practices of aid* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000), pp. 129 y ss.

⁸² Inicialmente el Derecho Internacional Humanitario, con base en las Convenciones de Ginebra (1949), solo aplicaba en casos de conflictos armados. Cfr.: Jonathan Crowe y Kylie Weston-Scheuber, *Principles of International Humanitarian Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013), pp. 24 y ss. Sin embargo, el Derecho Internacional Humanitario se ha ampliado en casos de emergencias complejas, incluso, más allá de desastres naturales y situaciones que, en sentido estricto, no suponen un conflicto armado. Cfr.: Tilman Rodenhäuser, y Gilles Giacca. “The international humanitarian law framework for humanitarian relief during armed conflicts and complex emergencies”, en *Research Handbook on Disasters and International Law*, ed por Susan Breau y Katja Samuel (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016), pp. 132 y ss.

⁸³ El concepto de emergencia compleja, por ello, es estudiado como una de las consecuencias de los Estados fallidos o frágiles. Cfr.: Susan Woodward, *The Ideology of failed States...*, así como Robert Rotberg, “Failed States, Collapsed States... Véase igualmente a Raimo Väyrynen, “Complex Humanitarian Emergencies...”, pp. 44 y ss.

⁸⁴ De acuerdo con David Keen, la emergencia compleja está vinculada a la violencia asociada a los conflictos internos que llevan al colapso de la autoridad central, como sucede por ejemplo en casos de guerra. Cfr.: David Keen, *Complex emergencies...*, pp. 11 y ss.

⁸⁵ Robert Rotberg, “Odious and Failed States...”, pp. 119 y ss.

⁸⁶ Sobre ello, vid.: Francis Fukuyama, *Political order...*, pp. 84 y ss.

De esa manera, la relación entre el Derecho Público y la emergencia humanitaria compleja puede estudiarse desde dos perspectivas.

Así, en *primer* lugar, las fallas en las instituciones formales del Derecho Público, y que diseñan el sistema de pesos y contrapesos, crean incentivos para la implementación de políticas arbitrarias que violan derechos constitucionales económicos, como la propiedad privada. Estas políticas afectan negativamente la capacidad de la sociedad civil para organizarse autónomamente a los fines de satisfacer estas necesidades por medio del libre intercambio de bienes y servicios. La escasez y el desabastecimiento asociados a políticas arbitrarias de control de precio son ejemplo de lo anterior. Esto puede derivar en mecanismos de gobernanza informal de bienes y servicios a través de instrumentos que no reúnen las condiciones de eficiencia y transparencia del libre mercado, como es el caso del mercado negro. A ello se le agregan los desórdenes macroeconómicos asociados a estas crisis, como la inflación y el colapso del PIB⁸⁷. Esto demuestra que medida en que el Estado se debilita, la sociedad civil también se debilita, y con ello, la capacidad de proveer bienes y servicios para satisfacer necesidades esenciales⁸⁸. En situaciones extremas, las fallas en la capacidad estatal y la pérdida de la autoridad para el ejercicio del monopolio de la violencia legítima pueden desencadenar episodios de violencia que se traducen en graves y sistemáticas violaciones a derechos humanos, como sucedió en Somalia y Ruanda⁸⁹.

En *segundo* lugar, las fallas en la capacidad estatal impiden el cumplimiento de los cometidos del Estado asociados a la satisfacción del derecho al desarrollo humano, todo lo cual puede afectar a la población más vulnerable⁹⁰.

⁸⁷ Lea Macias, *Research Brief. Complex Emergencies, Climate Change and African Political Stability* (Austin: Universidad de Texas, 2013). Véase igualmente a Tiffany Howard, *The tragedy of failure* (Santa Bárbara: Praeger, 2010), p. 21, quien explica cómo crisis económicas –asociadas a erradas políticas macroeconómicas– pueden acelerar la falla del Estado.

⁸⁸ En tal sentido, el debilitamiento de la capacidad de la sociedad para satisfacer sus propias necesidades puede tener un grado distinto al debilitamiento o fragmentación del poder central del Estado. Así, es posible que el debilitamiento de la sociedad civil sea *mayor* que el debilitamiento de la capacidad estatal, lo cual implica que el poder del Estado de ejercer el control social –en términos relativos– se incrementará. En casos extremos, la fragmentación toca por igual al Estado y la sociedad, todo lo cual puede conducir a la anarquía y a la desaparición *de facto* del Estado. En general, vid. Joel Migdal, *Strong societies and weak states* (Nueva Jersey: Princeton University press, 1988), pp. 33 y ss. Para otra perspectiva, véase por ejemplo a Sarah Chayes, *Thieves of State. Why corruption threatens global security* (Nueva York: W.W. Norton & Company, 2015), pp. 91 y ss.

⁸⁹ Francis Mading Deng, “State Collapse: The humanitarian challenge to the United Nations”, en *Collapsed States. The disintegration and restoration of legitimate authority*, ed. por William Zartman (Londres: Lynne Rienner Publishers, 1995), pp. 207 y ss.

⁹⁰ Es por lo anterior que la emergencia compleja se asocia a fallas en el Estado, o si se quiere, crisis en la legitimidad del Estado, en la medida en que ello impide cumplir adecuadamente los cometidos

En estos casos, las instituciones formales del Derecho Público diseñadas para asegurar la satisfacción de necesidades esenciales asociadas a derechos prestacionales pierden vigencia, lo que afecta la satisfacción de tales necesidades en los estándares del Derecho Constitucional, en especial, relacionados con la universalidad e igualdad de acceso. En su lugar, pueden surgir mecanismos informales de gobernanza en los cuales el acceso a bienes y servicios esenciales queda limitado, típicamente, por mecanismos ilegales, como el mercado negro. Asimismo, las emergencias humanitarias complejas pueden impulsar crisis masivas de refugiados y migrantes, como signo de la falla del Derecho Público en el cumplimiento de cometidos orientados a garantizar el desarrollo humano⁹¹.

Ahora bien, los riesgos globales, como la pandemia del coronavirus, agravan las consecuencias del Derecho Público fallido. Ya explicamos que la Administración Pública doméstica, por diseño institucional, no tiene capacidad adecuada para responder a riesgos globales. Pero si además la Administración Pública presenta fallas en su capacidad, entonces, las consecuencias adversas de los riesgos globales serán incluso mayores. En panorama es incluso más complejo si tomamos en cuenta cómo la técnica común para responder a la pandemia ha sido la declaratoria de estados de excepción o de alarma que al reducir el principio de separación de poderes, propende a la adopción de medidas autoritarias –especialmente justificadas por el discurso populista– que elevan la probabilidad de políticas arbitrarias.

En resumen, el Derecho Público fallido puede derivar en emergencias humanitarias complejas en la medida en que fallas en la capacidad estatal impidan la implementación efectiva de las instituciones formales de la democracia constitucional diseñadas para promover la satisfacción de necesidades esenciales en el marco del sistema de pesos y contrapesos. Estas fallas del Derecho Público

públicos. Cfr.: Jeni Klugman, *Social and economic policies to prevent complex humanitarian emergencies* (Helsinki: United Nation University World Institute for Development Economic Research, 1999), pp. 11 y ss.

⁹¹ En tal sentido, estas crisis de migraciones forzosas son atendidas a través del Derecho Internacional Humanitario, e incluso, a través del régimen internacional de los refugiados. Especialmente luego de la *Declaración de Cartagena* de 1984 y la *Declaración de Nueva York* de 2016, el concepto de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951 se ha ampliado para aplicar ese concepto a las personas que se ven forzadas a emigrar debido a crisis complejas que colocan en riesgo su vida, salud, integridad y dignidad personal –más allá que esa crisis compleja esté acompañada de persecuciones políticas. Vid.: Raimo Väyrynen, “Complex Humanitarian Emergencies... En cuanto a la relación entre la emergencia compleja y la migración masiva forzosa, vid. Hiram Ruiz, “Emergencies: International Response to Refugee Flows and Complex Emergencies”, *International Law Journal of Refugee* N° 7 (1985), pp. 148 y ss.

pueden desencadenar un círculo vicioso, en el cual fallas en el Derecho Constitucional facilitan la adopción de políticas autoritarias que afectan negativamente la capacidad estatal, y con ello, la satisfacción de necesidades esenciales.

3. El rol del Derecho Público en las emergencias humanitarias complejas causadas por fallas en la capacidad estatal y el Derecho Global

La emergencia humanitaria compleja es un índice revelador de fallas en el Derecho Público, en la medida en que las instituciones formales diseñadas para facilitar el cumplimiento de cometidos estatales relacionados con la satisfacción de necesidades esenciales bajo los estándares de la buena gobernanza no cumplen ese objetivo. En tanto esas emergencias son resultados de acciones humanas, entonces, estas emergencias también son índice revelador del declive político de las instituciones formales del Derecho Público, típicamente, cuando sus instituciones se desvían para la adopción de políticas arbitrarias. El auge del autoritarismo populista crea condiciones propias para la implementación de esas políticas predatorias.

¿Cuál es el rol del Derecho Público en emergencias humanitarias complejas? La respuesta intuitiva puede ser las fallas del Derecho Público deben ser atendidas con reformas institucionales inspiradas en la buena gobernanza. Esto es, que si las instituciones del Derecho Público no permiten asegurar la satisfacción necesidades esenciales por medio de la buena gobernanza, entonces, es necesario reformar esas instituciones, incluso, por medio de procesos de reforma constitucional. Asimismo, esta respuesta intuitiva apunta a la necesidad de promover reformas de la Administración Pública, en especial, a través de la desregulación y su simplificación, todo ello, inspirado en los principios generales de la buena Administración.

Ya explicamos, sin embargo, que este enfoque es inadecuado, en tanto no considera las fallas en la capacidad estatal que pueden impedir la implementación de las instituciones formales del Derecho Público. Introducir reformas constitucionales, legales y reglamentarias de poco servirá si no hay capacidad estatal adecuada. Por ello, tampoco luce adecuado propender a la reducción de la Administración Pública, pues mientras que ese enfoque es cuantitativo, las fallas en la capacidad estatal apuntan a deficiencias cualitativas: la capacidad estatal de la Administración Pública no se incrementa solo por la reducción de su tamaño. Además, en la medida en que han surgido instituciones informales, la simplificación de trámites formales tendrá un impacto muy reducido, pues en la práctica, esos trámites no se aplican -debido, precisamente, a las fallas en la capacidad estatal.

Por ello, como vimos, en la economía se ha observado que reformas institucionales no están asociadas, necesariamente, al crecimiento económico. Las reformas institucionales operan en el ámbito “de iure”, y debido a brechas en la capacidad estatal, el desarrollo y el crecimiento económico podrán verse más impactadas por el ámbito “de facto” que deriva de instituciones informales.

Esta observación puede entonces llevar a otra propuesta: es necesario recuperar la capacidad estatal, y con ello, sustituir las instituciones informales en vigor por las instituciones formales del Derecho Público, lo que permitirá entonces diseñar su reforma con base en los estándares de la buena gobernanza. Dos críticas pueden formularse a esta aproximación. La primera, que el fortalecimiento de la capacidad estatal no es una tarea corto plazo, mientras que la emergencia humanitaria debe atenderse en el corto plazo⁹². La segunda, que mientras las instituciones informales se mantengan -como la corrupción- el Estado no tendrá la capacidad efectiva para atender la emergencia.

La solución a esta aparente paradoja, en nuestra opinión, se enmarca en dos principios: el *principio de coevolución* y el principio de la *cooperación internacional*.

En efecto, ya explicamos que existe una correlación entre capacidad estatal e instituciones del Derecho Público. De esa manera, la capacidad estatal depende de instituciones que faciliten procedimientos de toma de decisiones eficientes y efectivos, pero a su vez, las instituciones del Derecho Público que regulan esos procedimientos requieren de una adecuada capacidad estatal. Con lo cual, las instituciones formales del Derecho Público deben construirse mientras se construye la capacidad estatal necesaria para su efectiva implementación. La coevolución llama entonces a diseñar políticas que, con la limitada capacidad existente, permitan remover los obstáculos más vinculantes al desarrollo -y a la atención de la emergencia humanitaria compleja- para promover el crecimiento económico que, a su vez, permitirá incrementar la capacidad estatal⁹³.

El segundo principio es el de la cooperación internacional. La incapacidad del Estado de cumplir con sus cometidos exige adoptar acuerdos de cooperación internacional que, al menos inicialmente, suplan esa incapacidad. Esto implica trasladar temporalmente la atención de los cometidos estatales asociados al desarrollo del Estado a la comunidad internacional. Es por lo anterior que en

⁹² Vid. Matt Andrews et al, *Building State Capability* (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp. 13 y ss

⁹³ Vid. Ricardo Hausmann et al, “Growth diagnostic... Para el Derecho Público, esta metodología deriva del principio de eficacia: la promoción del desarrollo como cometido a cargo de la Administración, debe basarse en las causas que efectivamente perjudican el crecimiento.

emergencias humanitarias complejas la limitada capacidad estatal debe ser suplida en situación de emergencia por la comunidad internacional de conformidad con los estándares del Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual deja a salvo el rol de los *acuerdos público-privados* en la provisión de los bienes y servicios que el Estado, con su debilitada capacidad, no puede ofrecer⁹⁴. En caso de fallas en la capacidad estatal asociadas a graves violaciones de derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas a enunciado el principio de *responsabilidad para proteger*, precisamente, para justificar el rol activo de la comunidad internacional en la prevención y atención de emergencias humanitarias complejas vinculadas con graves violaciones a derechos humanos⁹⁵.

Esto crea, sin embargo, un problema nuevo. Antes explicamos cómo una de las funciones del Derecho Público es asegurar que la actividad orientada a promover la satisfacción de necesidades esenciales se rija por los estándares de la buena gobernanza para asegurar el cumplimiento de principios generales tales y como la eficiencia, la eficacia, la rendición de cuenta y la transparencia, entre otros estándares asociados a la buena Administración. Sin embargo, esos principios no rigen a la acción de la comunidad internacional llamada a atender esas necesidades, incluso, cuando fallas en la capacidad estatal impiden a la Administración Pública doméstica cumplir con los cometidos del desarrollo, en especial, en el marco de emergencias humanitarias complejas.

En la década de los noventa, la doctrina de Estados Unidos llamó la atención sobre cómo la globalización había promovido este tipo de mecanismos de gobernanza, a pesar de que éstos adolecen de un *déficit democrático*⁹⁶. En efecto,

⁹⁴ Cfr.: Andrea Liease y Marianne Beisheim, “Transnational Public-Private Partnerships and the provision of collective goods in developing countries”, en *Governance without a State?...*, pp. 115 y ss.

⁹⁵ Cfr.: Richard Barnes y Vassilis Tzevelekos, *Beyond responsibility to protect* (Cambridge: Intersentia, 2016), en especial, pp. 7 y ss. Este principio es resultado del fracaso del Consejo de Seguridad para prevenir graves violaciones a derechos humanos, tal y como sostuvo el entonces Secretario de la Organización de Naciones Unidas, Kofi Annan, tomando en cuenta los antecedentes de los Balcanes, Ruanda y Kosovo. Vid. Kofi Annan, *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, Informe de la Secretaria General de la ONU, 2000, párrafo 217. Véase también, de la Asamblea General de la ONU, la Resolución N° 60/1 de 2005, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, párrafos 138 y 139. La acción de la comunidad internacional justificada en el principio de responsabilidad para proteger basada en graves crímenes contra derechos humanos, es invocada en la Resolución de la Asamblea General de la ONU N° 60/1 de 2005, párrafos 138 y ss. Sobre el concepto, vid. Sebastian von Einsiedel, “Policy responses to state failures”, *Making states Works*, ed. por Simon Chesterman et al (Nueva York: United Nations University Press, 2005), pp. 13 y ss., así como Gerard Kreijen, *State failure, sovereignty, and effectiveness: Legal lessons from the decolonization of Sub-Saharan Africa* (Boston: M. Nijhoff, 2004), pp. 64 y ss.

⁹⁶ Una de las primeras referencias en este sentido es de Alfred Aman, *Administrative Law in a Global Era* (Ithaca: Cornell University Press, 1992), especialmente pp. 131 y ss.

los organismos internacionales ni tienen origen democrático ni se ciñen a los estándares de la democracia constitucional orientados a la rendición de cuentas, transparencia, eficiencia, eficacia, y proporcionalidad, entre otros. Para atender ese déficit, se propuso articular una serie de principios generales de Derecho Público -como fuentes del Derecho Internacional- a los fines de asegurar el cumplimiento de los estándares de la democracia constitucional por parte de los organismos internacionales. Tal es el origen del *Derecho Administrativo Global*, al cual ya nos referimos en la sección anterior.

La distinción entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, de por sí tenue, se reduce más todavía en este ámbito, al tratarse de un Derecho Global sin Estado. Por ello, es también posible -como se ha postulado- aludir al *Derecho Constitucional Global*⁹⁷, para describir los estándares que en el orden global deben regir para la adecuada satisfacción de derechos humanos en ámbitos en los cuales la soberanía estatal resulta insuficiente, en especial, ante emergencias humanitarias complejas. Más en general, puede aludirse al *Derecho Público Global*, en este sentido, para describir los principios generales de la gobernanza democrática que aplican en el orden global para atender cometidos asociados al derecho al desarrollo humano, de lo cual surge la gobernanza democrática global⁹⁸.

La pertinencia del Derecho Global en situaciones de emergencia queda también comprobada por los riesgos globales al derecho a la salud, como quedó en evidencia con la pandemia del COVID-19. La emergencia derivada de la pandemia demuestra que, en la globalización, el Estado no tiene capacidad adecuada para responder a emergencias globales. Nótese que aquí la falta de capacidad estatal responde a causas exógenas y no endógenas, pero el resultado al cual se llega es similar al estudiado: la atención de necesidades esenciales, en la globalización, excede de la capacidad doméstica del Estado, al requerirse mecanismos de gobernanza global. Con lo cual, como evidenció la pandemia, riesgos globales pueden generar brechas en la capacidad estatal que deriven en fallas en el Derecho Público y, por ende, en emergencias humanitarias. Por lo cual, si por causas endógenas el Derecho Público es ya fallido, su capacidad para enfrentar riesgos globales será incluso menor.

En resumen, en situaciones de emergencias humanitarias ocasionadas por fallas en el Derecho Público, es necesario implementar reformas que, bajo el

⁹⁷ Marco Goldoni, "Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law", *Global Constitutionalism* 8, no. 1 (2019): pp. 71 y ss.

⁹⁸ Matthias Lievens, et al, "Democratic legitimacy and global governance: a research agenda", *Global Governance and Democracy: A Multidisciplinary Analysis*, ed. por Jan Wouters et al (Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015), pp. 251 y ss.,

principio de coevolución, permitan remover los obstáculos más vinculantes al desarrollo al mismo tiempo que se cubren las brechas de capacidad estatal. Esto exige incrementar el rol de la comunidad internacional en la satisfacción de necesidades esenciales, todo lo cual pasa fortalecer la construcción del Derecho Público Global. Asimismo, emergencias causadas por riesgos globales, como la pandemia del COVID-19, exigen fortalecer el rol del Derecho Público Global en la satisfacción de necesidades esenciales. Puede así afirmarse que mientras mayor es la falla del Derecho Público (doméstico), mayor será el rol del Derecho Público Global.

IV. Conclusiones

El siglo XII marcó el advenimiento del Estado administrativo, esto es, el Estado cuyos cometidos, ampliados por la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, determinan la predominancia de la Administración Pública, en especial, garantizando la satisfacción de derechos constitucionales prestacionales. Posteriormente la mundialización de los derechos humanos y la globalización propendieron a la expansión de los derechos prestacionales en el Derecho Internacional, que comenzó a valorarse como un Derecho Global. Esto llevó a plantear la existencia del Derecho Administrativo Global, aplicable a los organismos internacionales que participan en el orden global en la satisfacción de cometidos públicos. A resultas de ello, los cometidos que el Estado debe cumplir, en especial, para la promoción del derecho al desarrollo humano, no solo derivan de la Constitución sino también, del Derecho Internacional.

Todo lo anterior llevó a la expansión de los cometidos públicos asociados al derecho al desarrollo humano, lo que elevó las exigencias de la capacidad que el Estado debe tener para cumplir con esos cometidos. Así, el Derecho Público define las reglas a través de las cuales el Estado debe dar cumplimiento a los cometidos y además, fija los límites orientados a prevenir el abuso de poder. Pero la efectiva implementación de esas reglas requiere de adecuada capacidad estatal, medida en términos de recursos humanos, recursos financieros, infraestructura y organización. No siempre esa capacidad está presente, lo que da lugar a brechas en la capacidad estatal y áreas en las cuales el Estado no puede implementar las reglas del Derecho Público que regulan su actividad. Respecto del derecho al desarrollo, esas áreas pueden dar lugar a reglas informales, e incluso ilegales, para satisfacción de necesidades esenciales al desarrollo humano. Cuando esas necesidades no pueden ser satisfechas por el Estado, pueden incluso generarse emergencias humanitarias que ponen en riesgo derechos humanos como el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad personal.

La expansión de cometidos públicos ha llevado a aumentar las exigencias del Estado, y en especial, de su Administración, para dar satisfacción al derecho al desarrollo humano. Así, por un lado, el catálogo de derechos prestacionales, en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional, se ha venido ampliando, lo que eleva las cargas sobre la Administración. Pero además, se exige que la Administración garantice la satisfacción de esos derechos a través de los estándares de buena administración, lo que crea cargas adicionales. Mientras mayores sean las tareas a cargo de la Administración, mayor será la probabilidad de brechas en la capacidad estatal.

Esto último ha llevado a considerar que las instituciones de las buenas gobernanzas promueven el desarrollo. Esta visión luce sin embargo inadecuada, pues las reglas jurídicas de la gobernanza democrática no son “auto-aplicables”, en el sentido que requieren de una adecuada capacidad estatal para garantizar su efectiva implementación. Las brechas en la capacidad estatal, por ello, determinan la incapacidad del Estado para implementar las instituciones de la gobernanza democrática, lo que incluso se puede traducir en emergencias humanitarias.

Estas brechas en la capacidad estatal son causadas por fallas en el Estado, lo que ha dado lugar al concepto de Estado fallido, definido como aquel que no cuenta con la capacidad necesaria para cumplir con los cometidos públicos. En la práctica, sin embargo, todos los Estados tienen fallas en su capacidad, y por ende, cierto grado de fragilidad. Las fallas del Estado generan fallas en el Derecho Público, de lo cual surge el concepto de Derecho Público fallido: aquel en el cual las instituciones formales de la democracia constitucional no tienen aplicación efectiva debido a fallas en la capacidad estatal. Esto es, el Derecho Público fallido es el Derecho Constitucional del Estado fallido. El Derecho Público fallido genera dos afectos adversos que conviene resumir: (i) debilita la calidad del sistema de pesos y contrapesos, todo lo cual propende a vicios en la actividad estatal, incluyendo la corrupción y (ii) afecta el grado de satisfacción de necesidades esenciales asociadas al derecho al desarrollo lo que puede dar lugar a emergencias humanitarias.

La pandemia del COVID-19 ha evidenciado la existencia del Derecho Público fallido. En efecto, en mayor o menor medida, la capacidad del Estado ha resultado insuficiente para atender las necesidades humanas esenciales afectadas por la pandemia, en especial, relacionadas con el derecho a la salud. Dejando a salvo el diagnóstico de capacidad estatal que en cada caso pueda ejercerse, esto encuentra una explicación que resulta clara: el diseño institucional que determina la capacidad estatal resulta inadecuado para atender riesgos globales, como la pandemia. Con lo cual, se evidencia que los cometidos estatales

ya no dependen únicamente del Derecho Público doméstico, en tanto resultan también incididos por el Derecho Público Global.

Las fallas del Derecho Público para responder a la pandemia del COVID-19 serán incluso mayores en los Estados frágiles, con lo cual, el resigo de emergencias humanitarias por la pandemia resulta mayor en aquellos Estados cuya fragilidad genera fallas en el sistema de Derecho Público orientado a garantizar la satisfacción de necesidades esenciales en el marco de los estándares de la buena gobernanza.

Todo lo anterior lleva a indagar cuál es el rol del Derecho Público en emergencias humanitarias complejas, especialmente, con ocasión a la pandemia. En tanto esas emergencias son consecuencia de brechas en la capacidad estatal, lo cierto es que las instituciones formales del Derecho Público no pueden, en sí mismas, garantizar la atención de esa emergencia. Pero al mismo tiempo, si no se subsana las fallas del Derecho Público, no podrá avanzarse en la atención de la emergencia humanitaria compleja. La solución a esta aparente paradoja pasa por dos principios: el principio de coevolución y el principio de la cooperación internacional. Así, la atención de la emergencia humanitaria debe alcanzarse al mismo tiempo que se reconstruye la capacidad estatal, todo lo cual pasa por reconocer el rol de la comunidad internacional en la satisfacción de los cometidos que el Estado no puede atender.

La crisis desatada por la pandemia del COVID-19 ha puesto en evidencia la utilidad de ambos principios. Así, la incapacidad del Estado exige diseñar técnicas de intervención administrativa adecuadas para satisfacer las necesidades humanas esenciales afectadas por la pandemia, al mismo tiempo que se fortalece la capacidad estatal. Pero en especial, las brechas de capacidad estatal causadas -o evidenciadas- por la pandemia, exigen reconocer un mayor rol de los organismos internacionales.

El Derecho Público Global es una útil herramienta para lograr este fin. Así, el Derecho Público Global crea el marco institucional adecuado para que la comunidad internacional, en el contexto de los estándares de la gobernanza democrática, participe en la atención de los cometidos asociados al derecho al desarrollo humano que el Estado no puede atender. En especial, el Derecho Público Global está mejor preparado para afrontar riesgos globales como la pandemia, que debido al diseño institucional del Estado, exceden de su capacidad. Por ello, mientras mayor es el grado del Derecho Público fallido, mayor es el rol que el Derecho Público Global debe tener.

El acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo

Wilder Márquez Romero*

pp. 255-273

Recibido: 06 oct 2021

Aceptado: 19 dic 2021

Sumario

I. Introducción | II. El acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo | 1. El acoso | a. Definición | b. El Acoso Laboral | c. El acoso sexual | 2. Evolución en la regulación del acoso laboral y el acoso sexual en el mundo del trabajo en el plano internacional | a. Declaración Universal de los Derechos Humanos | b. Convenios y recomendaciones de la OIT | i. Convenio 190 OIT | ii. Recomendación 206 OIT | 3. Regulación del acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo en Venezuela | a. El acoso laboral y acoso sexual en la legislación Venezolana | i. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) | ii. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT) | iii. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) | b. Evolución Jurisprudencial | i. Criterio de Violencia Sistemática y por Tiempo Prolongado | ii. Criterio del Nexo Causal Entre el Daño y el Hecho Ilícito Patronal | c. Aplicabilidad en Venezuela del Convenio 190 y la Ratificación 206 de la OIT | III. Conclusiones

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2010). Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Católica Andrés Bello (2020). Certificación en Derecho Deportivo, Centro Educativo Latinoamericano de Florida Global University (2020).

El acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo

Resumen: La lucha contra el acoso en todas sus formas, en tiempos recientes ha venido ganando terreno como un elemento esencial de las relaciones interpersonales dada la exigencia al respeto y tolerancia entre las personas, incluso en el ámbito laboral. La regulación legal del acoso no es ni mucho menos novedoso en el mundo del trabajo, más sí resulta novedosa su reciente positivización expresa por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través del Convenio 190 su la Recomendación 206 publicadas en el año 2019 y cuya entrada en vigor ocurrió en junio de 2021, demostrando el interés que envuelve el tema a nivel mundial, siendo por ello que interesa analizar estas normas internacionales y su aplicabilidad a la luz de la legislación venezolana.

Palabras Claves: Acoso laboral | Acoso sexual | Mundo del trabajo | Prevención.

Workplace harassment and sexual harassment in the world of work

Abstract: The fight against harassment in all its forms, in recent times, has been gaining ground as an essential element of interpersonal relationships given the demand for respect and tolerance between people, even in the workplace. The legal regulation of harassment is by no means new in the world of work, but its recent express positivization by the International Labor Organization (ILO) through Convention 190 and Recommendation 206 published in 2019 is novel. and whose entry into force occurred in June 2021, demonstrating the interest that surrounds the issue worldwide, which is why it is interesting to analyze these international standards and their applicability by Venezuelan legislation.

Key Words: Workplace harassment | Sexual harassment | World of work | Prevention.

I. Introducción

En la actualidad y con ocasión a la globalización y los avances tecnológicos, las relaciones interpersonales son mucho más extensas y sencillas de materializar. Es un hecho que la interacción laboral se extendió de los lugares de trabajo, siendo por ello que se creó el concepto más extensivo de *mundo del trabajo* para referirse a toda actividad de trabajo que se desarrolle en un lugar diferente al propiamente laboral y por lugar, no solamente se refiere al físico como el centro de trabajo, por ejemplo, sino incluso al digital como serían los correos electrónicos o la mensajería instantánea por citar algunos.

Pero esta extensión del radio de acción de la relación laboral viene acompañada de una extensión de los potenciales riesgos como lo son el acoso laboral o acoso sexual, lo cual a su vez incrementó la necesidad ya existente de crear mecanismos de educación, prevención e incluso sanción sobre este fenómeno a los fines de procurar lugares de trabajo mucho más seguros y sanos. En virtud de ello, la OIT dio en 2019 un paso importante al positivizar de manera expresa, directa e indubitable el fenómeno del acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo, con el objeto de, principalmente visibilizar esta problemática, pero a su vez, facilitarle a los Estados la creación de políticas destinadas a evitar estas conductas.

Independientemente a que en Venezuela tenemos la dificultad de no contar con cifras oficiales sobre acoso laboral y acoso sexual en el ámbito laboral, no es menos cierto que existe una necesidad de crear una cultura de prevención al respecto y que la misma se traduzca en ambientes de trabajo más seguros, lo cual solo se podría lograr a través de la adopción de políticas corporativas que regulen este fenómeno.

II. El acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo

1. El acoso

a. Definición

El acoso está definido por la Real Academia Española (RAE) como “la acción y efecto de acosar”¹, siendo que, acosar, la misma RAE la define como “Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona”²; mientras que el Diccionario Larousse lo define como “Perseguir con empeño”³.

¹ Real Academia Española. Acceso el 29 de septiembre de 2021, <https://dle.rae.es/?id=0ZszPxA>

² Real Academia Española. Acceso el 29 de septiembre de 2021. <https://dle.rae.es/?id=0ZpEHg5>

³ Ramón García-Pelayo, *Pequeño Larousse Ilustrado* (París: Ediciones Larousse, 1964), 17.

En las anteriores definiciones encontramos como punto en común que la acción de acosar consiste en una labor de persecución insistente de una persona hacia otra y, si bien no se intuye como una acción necesariamente negativa, no es menos cierto que dicha “persecución insistente” se convierte en una acción gravosa para quien la padece cuando éste mismo así lo considera, siendo por ello que, el acoso, reviste un importante elemento de subjetividad que impide en muchos casos determinar su existencia a simple vista no solo para un tercero, sino incluso para la misma persona que lo padece, quien pudiera no considerarlo como un hecho lesivo sino hasta un determinado momento.

El acoso tiene diferentes formas de manifestarse según el ámbito en el cual se desarrolle, siendo por ello que encontramos varios tipos de acoso⁴ de acuerdo con la misma RAE, tales como:

- i. Acoso Escolar: El que ejerce uno o varios alumnos sobre otro con el fin de denigrarlo y vejarse ante los demás
- ii. Acoso Psicológico: Práctica ejercida en las relaciones personales, consistente en dispensar un trato vejatorio y descalificador a una persona con el fin de desestabilizarla psíquicamente.
- iii. Acoso Sexual: El que tiene por objeto obtener favores sexuales de una personal cuando quien lo realiza abusa de su posición de superioridad sobre quien lo sufre.
- iv. Acoso Laboral: Práctica ejercida en el ámbito del trabajo y consistente en someter a un empleado a presión psicológica para provocar su marginación.

Ahora bien, en virtud de su vinculación con las relaciones laborales, se hace necesario profundizar sobre el acoso laboral y el acoso sexual como prácticas que podrían afectar las relaciones interpersonales en el mundo del trabajo.

b. El Acoso Laboral

También conocido como *mobbing*, se entiende por éste como la conducta hostil, dañina e intencional, ejercida por una persona o grupo de personas, sobre otra persona o grupo de personas, dentro del mundo del trabajo y que dicha conducta sea capaz de ocasionarle a la víctima, una afectación física o psicológica. En nuestra opinión, esta situación no tiene que ser necesariamente con el objetivo de dañar la moral del trabajador, pero basta con el simple hecho de que ello ocurra para que podamos considerar que podría tratarse de acoso laboral.

⁴ Real Academia Española. Acceso el 29 de septiembre de 2021. <https://dle.rae.es/?id=0ZszPxA>

Si bien el mobbing afecta directamente al trabajador, existen corrientes como la de la autora María Bosqued⁵, quien sostiene que este fenómeno también afecta a su familia, grupo social, la organización empresarial y a la sociedad en general y, aunque esta percepción puede resultar muy amplia, no resulta irracional tampoco puesto que una situación de acoso al desarrollarse dentro del ambiente laboral, puede afectar indirectamente en la interacción del acosado con otros trabajadores y superiores jerárquicos, así como en su estado de ánimo y especialmente en productividad empresarial por causas de: ausencias por enfermedad, bajo rendimiento, comportamiento poco civilizado y comportamiento conflictivo en el trabajo⁶.

De acuerdo con Juan García Vara⁷, el elemento esencial para que se materialice el acoso laboral, es que “la conducta de los agresores o acosadores ‘atente contra la dignidad o integridad’ del trabajador acosado; los hechos, además, deben ser persistentes, recurrentes”⁸.

Continúa el autor indicando que éste puede manifestarse de diferentes vías, es decir: “...del patrono hacia el trabajador, de un trabajador hacia otro trabajador y de un trabajador hacia el patrono”⁹. Esto es lo que se conoce en la doctrina como los *Tipos de Mobbing*, los cuales de acuerdo con Mervy González¹⁰, son los siguientes:

- i. Ascendente: Cuando una persona con un rango jerárquico superior dentro de la organización es agredida por uno o varios subordinados.
- ii. Horizontal: Cuando tanto el acosador como el acosado, ostentan el mismo nivel jerárquico, aunque, de hecho, pueda existir alguna condición de superioridad.
- iii. Descendente: Cuando el agresor ostenta una jerarquía superior dentro de la organización a la de su víctima.

⁵ María Bosqued, *Mobbing. Cómo prevenir y superar el acoso psicológico* (Barcelona: Paidós, 2005), 14.

⁶ Sandy Hershcovis, Tara Reich y Karen Nieven, “Workplace bullying: causes, consequences, and intervention strategies”, *SIOP White Paper Series* (2015). Acceso el 29 de septiembre de 2021, http://eprints.lse.ac.uk/66031/1/_lse.ac.uk_storage_LIBRARY_Secondary_libfile_shared_repository_Content_Reich,%20T_Workplace%20Bullying_Reich_Workplace_Bullying.pdf

⁷ Juan García Vara, *Sustantivo Laboral en Venezuela* (Caracas: Ediciones Liber, 2012), 334.

⁸ Sin embargo, el elemento de la necesaria frecuencia que alerta el autor y el cual extrae del artículo 164 del Decreto de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, se encuentra actualmente superado por la definición que nos aporta el Convenio 190 OIT.

⁹ García Vara, *Sustantivo...*, 335.

¹⁰ Mervy González, *Las Conductas Lesivas en las Relaciones Laborales* (Caracas: Vadell Hermanos, 2008), 26-27.

c. **El acoso sexual**

Desde la óptica del mundo del trabajo, el acoso sexual ha sido definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹¹ como “el comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre”, siendo necesario para que pueda hablarse de éste que sea: no deseado y ofensivo.

Aunque es más común y el nivel de exposición es mayor en este tipo de acoso que la víctima sea mujer, la misma OIT ha sido enfática en establecer que también pudiera ser el hombre víctima de acoso sexual. Incluso, el acoso puede provenir de propietarios, directivos, compañeros de trabajo y hasta clientes o proveedores, pese a que estos 2 últimos no sean trabajadores de la misma organización.

Este tipo de acoso en el ambiente de trabajo, de acuerdo con la misma OIT, se puede manifestar¹² como: (i) *chantaje*, mediante el cual se condiciona a la víctima la obtención de un beneficio laboral para que acepte las insinuaciones sexuales; y, (ii) con un *ambiente laboral hostil*, donde la víctima es sometida a situaciones de intimidación o humillación.

Finalmente, continúa la misma OIT indicando cuáles comportamientos son considerados como acoso sexual, pudiendo ser éstos: (i) *físicos*, cuando la conducta lesiva implica contacto o violencia física, tocamientos o acercamientos innecesarios; (ii) *Verbales*, implica comentarios, preguntas, llamadas o similares, sobre aspectos íntimos y de orientación sexual; y, (iii) *no verbales*, se materializa a través de silbidos, gestos de connotación sexual o presentación de material pornográfico.

2. Evolución en la regulación del acoso laboral y el acoso sexual en el mundo del trabajo en el plano internacional

Como ya se estableció, el acoso es, indudablemente, una conducta lesiva hacia una persona, siendo por ello una situación que debe ser erradicada cuando se manifieste dentro del mundo del trabajo, razón por la cual, la misma ha sido objeto de regulación jurídico-laboral a nivel internacional. Ante esto tenemos:

¹¹ Equipo Técnico de Trabajo Decente de la Organización Internacional del Trabajo, “El Hostigamiento o Acoso Sexual. Hoja Informativa No. 4” (2012). Acceso el 29 de septiembre de 20021. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_227404.pdf

¹² Equipo Técnico, “El Hostigamiento...”

a. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este documento proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 establece de manera genérica los derechos humanos fundamentales de todos los ciudadanos. Si bien este no hace una mención taxativa a la prohibición del acoso laboral y sexual, si establece de forma clara en sus artículos 3 y 5, que todos tienen derecho a la seguridad de su persona y que nadie podrá ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Este documento normativo internacional sirve como punto de partida en la regulación de los derechos fundamentales, especialmente para la OIT, en consideración a la condición de ésta como agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), siendo por ello de tal importancia esta Declaración Universal para las regulaciones en materia de derechos laborales.

b. Convenios y recomendaciones de la OIT

Desde sus inicios, la OIT ha tenido como norte el bienestar de los trabajadores, dado ello, desde su fundación, encontramos medidas destinadas a ese fin, como ha sido, por ejemplo, la Declaración de Filadelfia de 1944 donde se contempla la protección a la salud de los trabajadores en el literal “g” del Artículo III.

Posterior a esta, algunos Convenios y Recomendaciones de la OIT han desarrollado, aunque de forma más general, la protección a la salud psíquica, igualdad y respeto a los trabajadores, como una manera de garantizar salud laboral y un medio ambiente de trabajo seguro, en aras de lo establecido en la ya mencionada Declaración de Filadelfia. Así, entre algunas de estas encontramos: (i) el Convenio No. 111 del año 1958 “Sobre la Discriminación (empleo y ocupación)” y en el cual se establece que se entiende por discriminación y su vinculación a las oportunidades de trabajo; (ii) la Recomendación No. 200 “Sobre el VIH y el SIDA y el Mundo del Trabajo” del año 2010, en el cual se exhorta a velar por la prevención y la prohibición de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo; y, (iii) el Convenio No.189 del año 2011 “Sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos” y en el cual se exhorta en su artículo 5 a adoptar medidas de protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.

Sin embargo, conforme avanzan los tiempos, la OIT se vio forzada a desarrollar de forma más clara y precisa su tratamiento en materia de acoso laboral y acoso sexual, siendo por ello que, en fecha 21 de junio de 2019 fueron

proclamados el Convenio 190 y la Recomendación 206, ambas sobre la “Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo”, teniendo éstos como aspectos fundamentales los siguientes:

i. Convenio 190 OIT

Este Convenio parte del principio de que es un derecho de toda persona desenvolverse en el mundo del trabajo de una forma libre de violencia y acoso, en el entendido que estas prácticas pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, por lo que las hace inaceptables e incompatibles con el trabajo decente¹³.

Dado ello, es este el primero en expresamente regular el tema, busca promover un entorno general de tolerancia cero frente a la violencia y el acoso con la finalidad de facilitar su prevención y combate, fomentando la abstención de dichas prácticas en el mundo del trabajo, en el entendido que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad, y a su entorno familiar y social.

En el Convenio se definen de manera separada “violencia y acoso” y “violencia y acoso por razón de género” en el mundo del trabajo en su artículo 1¹⁴, siendo que se entiende por *violencia y acoso* (apartado “a”):

...un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género...

Mientras que *violencia y acoso por razón de género*, está definido como (apartado “b”): “...designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.”

Como vemos, de este concepto podemos resaltar los siguientes dos aspectos:

¹³ Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. Acceso el 02 de octubre de 2021, <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

¹⁴ Aunque también indica en el numeral 2 de esta misma norma, que la legislación interna puede mantener un único concepto en lugar de adoptar esta distinción.

- i. Se aleja de la definición tradicionalmente conocida, al menos en la legislación venezolana (Artículo 164 DLOTTT), donde era necesario que, además de la existencia de la conducta lesiva, existiera recurrencia en la misma; y,
- ii. Distingue del concepto a la violencia y acoso por razón de género como una forma de violencia, pero en la cual el motivo esta netamente ligado a la identidad sexual o de género de la víctima.

Otro aspecto importante del Convenio es la adopción del concepto de *mundo del trabajo*, alejándolo de acepciones más concretas y limitativas como lugar de trabajo o centro de trabajo (utilizada en el mencionado artículo 164 del DLOTTT). Con este concepto se buscó extender la protección del acoso no solo a hechos que ocurran propiamente en el lugar de prestación del servicio, sino incluso a aquellos espacios que, de alguna forma, guarden relación con el trabajo, esto es: en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados; en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo e incluso, las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluyendo los medios tecnológicos (chats, llamadas, videollamadas, correos electrónicos, etc.).

En virtud de los avances tecnológicos y especialmente a raíz de la pandemia de la COVID-19 que trajo como consecuencia un impulso mundial en favor del teletrabajo y el desarrollo de actividades laborales por medios digitales, es claro que el intercambio de comunicaciones relacionadas al trabajo también ha migrado hacia esos espacios. Dado ello, de acuerdo con la anterior definición, podríamos hablar de la existencia de acoso cuando, por medio de cualquier mecanismo de comunicación digital (correos electrónicos, mensajería instantánea, etc.), aun y cuando ambas personas se encuentren fuera del centro de trabajo, incluso podrían estar ambas en sus lugares de residencia, ocurra algún hecho que pueda considerarse violencia o acoso.

Este Convenio busca que los Estados que lo ratifiquen adopten legislaciones internas destinadas a prohibir legalmente la violencia y el acoso, así como adoptar medidas para prevenirlas y combatirlas, velar por que las víctimas tengan acceso a la reparación de daños y apoyo establecer sanciones para los agresores, pero también, fomentar las actividades de educación y formación, así como actividades de sensibilización como mecanismo preventivo.

Estas legislaciones internas tendrían como destinatario al empleador, quien deberá adoptar las medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Sin embargo, también da cabida a que las normas sean adoptadas en Convenios Colectivos de

Trabajo o cualquier otra medida acorde a la práctica nacional que, en el caso venezolano, por ejemplo, podría ser mediante Normas Técnicas del INPSASEL o incluso mediante Ley.

Es decir, el control del acoso y violencia laboral no es únicamente responsabilidad del empleador, ya que también corresponde al sindicato como protector de los derechos del trabajador y al Estado que tiene como uno de sus "... fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad..."¹⁵, impulsar y crear los mecanismos necesarios para el control de este tipo de hechos.

ii. Recomendación 206 OIT

En consonancia con el Convenio 190, se publicó la presente Recomendación como complemento de este para ser considerados de forma conjunta. La misma hace una exhortación a la adopción de la legislación interna en relación con la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo no solo sea en el ámbito de las leyes laborales y de seguridad y salud laboral, sino incluso en las penales para los casos en los cuales sean aplicables.

Se destaca la sinergia que hace entre la eliminación de la violencia y el acoso con la libertad sindical, estableciendo el disfrute pleno efectivo del derecho a la sindicación y a la negociación colectiva como medio para prevenir y abordar la violencia y el acoso y divulgación de información sobre las tendencias y buenas prácticas con respecto al proceso de negociación y al contenido de los convenios colectivos.

Exhorta a que se especifique en la legislación interna, según proceda, que los trabajadores y sus representantes deberían participar en la elaboración, aplicación y el seguimiento de la política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso y que la misma deberá contener, entre otros aspectos:

- i. Que la violencia y el acoso no serán tolerados;
- ii. Programas de prevención, definición de los derechos y las obligaciones de los trabajadores y del empleador;
- iii. Procedimientos de presentación de quejas; e
- iv. Investigación y medidas de protección de los denunciantes, los informantes, las víctimas y testigos.

La Recomendación establece que las medidas de recurso y reparación fijadas en el Convenio, debe contener desde el derecho del trabajador a dimitir y percibir una indemnización en caso de daños o enfermedades de naturaleza psicosocial, física, o de cualquier otro tipo, que resulten en una incapacidad para

¹⁵ De acuerdo con el Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

trabajar e incluso, la readmisión del trabajador víctima del acoso cuando éste se haya retirado con ocasión a ello.

Ahora bien, la entrada en vigor del Convenio 190 y su Recomendación 206, ocurriría doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas¹⁶, lo cual ocurrió en junio de 2021 vistas las ratificaciones de Uruguay y Fiji en fechas 12 y 25 junio 2020 respectivamente. Otros países que ya ratificaron el Convenio pero aún no entra en vigor, se encuentran¹⁷: Namibia (09 diciembre 2020), Argentina (23 febrero 2021), Somalia (08 marzo 2021), Ecuador (19 mayo 2021) y Mauricio (01 julio 2021).

Con esta normativa, es claro que la intención de la OIT con el Convenio 190 y la Ratificación 206, es que el acoso laboral y el acoso sexual sean eliminados del mundo del trabajo y que, en caso de ocurrencia, el mismo acarree las consecuencias debidas para el infractor, pero sin dejar de un lado, claro está, que el objeto principal de estos instrumentos es que sea instaurada de una cultura de prevención corporativa sobre el tema que en lugar de tener que castigar un hecho de este tipo, más bien lo evite.

3. Regulación del acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo en Venezuela

Considerando las repercusiones negativas en la salud de los trabajadores e incluso en la productividad de los centros de trabajo que acarrear las situaciones de acoso, es importante analizar su actualidad en nuestro ordenamiento jurídico.

a. El acoso laboral y acoso sexual en la legislación Venezolana

Si bien para agosto de 2021 Venezuela no ha ratificado el Convenio 190 y su Recomendación 206 de la OIT, ello no implica que el acoso no se encuentre regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Así tenemos:

i. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)

Resulta innegable la amplia gama de protección en materia de derechos fundamentales que contiene la Carta Magna venezolana, cimentada en los principios de progresividad e irrenunciabilidad de los derechos humanos, donde incluso, la ausencia de mención a un determinado derecho en la Constitución o

¹⁶ Convenio 190 de la OIT. Artículo 14.

¹⁷ Ratificaciones al Convenio 190 OIT. Acceso el 03 de octubre de 2021 https://www.ilo.org/dyn/norm-lex/es/?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3999810

cualquier otro cuerpo normativo no implica su falta de reconocimiento, demostrando con ello la inherencia a la persona de los derechos fundamentales y haciendo innecesaria su positivización para que el mismo sea objeto de protección.

Ahora, si bien la CRBV no contempla de forma taxativa condena alguna al acoso laboral y acoso sexual, si establece menciones conexas a esta cuando contempla en el artículo 60 el derecho de toda persona "...a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación."

Paralelo a ello, en el ámbito laboral la CRBV establece la obligación patronal a garantizarle a sus trabajadores o trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados (artículo 87) y a su vez, la del Estado a disponer mediante Ley, de todo lo que sea lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores (artículo 89).

Dado ello, es evidente que la CRBV si protege al trabajador ante situaciones de acoso independiente de su ausencia de positivización.

ii. *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT)*

Una de las novedades que trajo este texto normativo cuando fue publicado en el año 2012 fue precisamente la mención expresa al acoso laboral y al acoso sexual, incluso como entidades diferentes.

En relación con el acoso laboral, contemplado en el artículo 164, se estableció como una prohibición expresa de hostigar o realizar conductas abusivas de forma recurrente o continuada por parte de: patrono, representantes del patrono u otros trabajadores de forma individual o como grupo, perturbando con ello las labores, poniendo en riesgo el trabajado y perturbando las condiciones de ambiente laboral.

Es de destacar que, de acuerdo con la norma, la necesidad de que la conducta sea "recurrente o continuada", es decir, no podría tratarse de un hecho aislado. Sin embargo, esta determinación en cuanto a la frecuencia inviste un matiz de subjetividad para nada conveniente cuando de un hecho de tanta importancia se refiere, siendo por ello que le ha correspondido a la jurisprudencia desarrollar los caracteres esenciales en este aspecto.

En cuanto al acoso sexual establecido en el artículo 165, también es contemplado como la conducta hostigadora y no deseada ejercida en contra de una persona, pero de naturaleza sexual.

En este, a diferencia de la redacción del acoso laboral, se distingue que la conducta no necesariamente debe ser recurrente, sino que incluso puede tratarse

de un hecho aislado en el centro de trabajo. Adicionalmente, la redacción de la norma establece que necesariamente debe ser del patrono hacia un trabajador (sentido descendiente) y cuyo objeto sea afectar la estabilidad laboral, dar, mantener o quitar algún beneficio laboral.

Si bien resulta un avance legal que se contemple el acoso sexual, resulta restrictiva la redacción del DLOTTT en el sentido que: (i) lo limita al centro de trabajo por lo que, a juicio de la doctrina “...pudiera entenderse, en primera lectura, que si el acoso sexual se lleva a cabo fuera del centro de trabajo, no constituye violación a la referida prohibición...”¹⁸; y, (ii) solo puede operar del patrono hacia un trabajador, siendo también posición de la doctrina que “...No vislumbramos, desde el punto de vista práctico, un caso en que un trabajador pueda acosar sexualmente a un patrono, salvo teóricamente, con la amenaza de retirarse y sea un trabajador imprescindible o insustituible”¹⁹.

A nuestro entender y de forma cónsona con el Convenio 190 y la Resolución 206 de la OIT ya revisadas, el acoso sexual no solo se limita al centro de trabajo y, en relación con el sentido descendiente de la norma, consideramos que resulta limitativo considerar que el acoso sexual solo puede aplicar de un patrono hacia un trabajador, ya que si bien es cierto que puede ser éste el caso más común por la posición de dominio del patrono en la relación laboral no es menos cierto que, de facto, solo se requiere que el acoso sexual se dé mediante conductas de naturaleza sexual que afecten a la víctima, lo cual puede ocurrir aunque ésta sea el superior jerárquico del acosador.

El DLOTTT, a su vez, establece la imposición de multas de entre treinta a sesenta unidades tributarias en contra del patrono que incurra en acoso laboral o sexual, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que tenga derecho el trabajador o trabajadora (artículo 528).

En conclusión, si bien es positivo el esfuerzo del DLOTTT al innovar contemplando el acoso laboral y del acoso sexual, se hace necesario una actualización de criterios para su determinación, así como el establecimiento de las reglas a seguir para la instauración de políticas preventivas y reparatorias en la materia.

iii. *Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT)*

De acuerdo con la Fundación Iberoamericana de Seguridad y Salud Ocupacional (FISO) en conjunto con la Organización Mundial de la Salud

¹⁸ García Vara, *Sustantivo...*, 335.

¹⁹ García Vara, *Sustantivo...*, 336.

(OMS), “El mobbing tiene el potencial de causar o contribuir a muchos trastornos psicopatológicos, psicosomáticos y comportamentales”²⁰.

Debido a ello, esta Ley contempla el derecho de los trabajadores a desarrollar sus actividades laborales en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el pleno ejercicio de sus facultades físicas y mentales y que le garanticen condiciones de seguridad, salud y bienestar adecuadas (artículo 53) y, a su vez, contempla el deber del empleador a garantizarle a sus trabajadores condiciones de salud, higiene, seguridad y bienestar en el trabajo (artículo 56, numeral 5).

Cuando la protección al trabajador anteriormente indicada no ocurre, la consecuencia no es otra que la posibilidad de que éste pueda empezar a padecer enfermedades que pudieran ser de origen ocupacional²¹, y, por vía de consecuencia, hace nacer en favor de la víctima, la posibilidad de solicitar las indemnizaciones establecidas en el artículo 130 de esta Ley en función del grado de la lesión, más las indemnizaciones que pudieran proceder por el daño material y moral y las responsabilidades penales pertinentes (artículo 129). Es de destacar que la Norma Técnica para la Declaración de Enfermedad Ocupacional (NT-002-2008), incluye en su listado de enfermedades ocupacionales al acoso laboral dentro de las afecciones por factores psicosociales.

En virtud de lo anterior, no queda duda que el acoso laboral y el acoso sexual pueden ser consideradas enfermedades de origen ocupacional y por ello, podría recaer en el patrono una carga pecuniaria de demostrarse una “...violación de la normativa legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador”. Dado ello, resulta de fundamental importancia que el presente tema sea incluido en las charlas de formación e incluso en el programa de seguridad y salud en el trabajo para prevenir su ocurrencia.

b. Evolución Jurisprudencial

Como ya se ha indicado, en el caso del acoso laboral se requiere que se trate de conductas abusivas que ocasionen un daño físico, psicológico, sexual o económico al trabajador y, en el caso del acoso sexual, que la conducta de connotación sexual sea *no deseada*. Debido a ello, es evidente que ambas figuras se

²⁰ Cassitto, María Grazia et al., *Sensibilizando sobre el Acoso Psicológico en el Trabajo* (Milán: RABOLINI, 2004), 16. Acceso el 15 de julio de 2020. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42660/9243590529.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²¹ Entendida por éstas como los estados patológicos contraídos o agravados con ocasión del trabajo e imputables, entre otras cosas, a factores psicosociales y emocionales que se manifiesten por trastornos funcionales o desequilibrio mental, bien sea temporal o permanente, de acuerdo con el Artículo 70 de la LOPCYMAT.

encuentran revestidas de una importante carga de subjetividad, lo cual indudablemente, conlleva a generar ciertas dudas con relación a la delgada línea que puede separar una conducta aceptable de otra que no lo sea.

En virtud de ello, la jurisprudencia nacional se dio a la tarea de llenar los vacíos en la materia, inclusive desde antes de su positivización en el DLOTTT, para determinar cuándo se estaba en presencia de dicha situación; pero incluso luego de su normativización expresa en el año 2012, se continuó evolucionando hasta crear criterios objetivos que ayudaran a determinar cuándo se estaba en presencia de una situación de acoso en el mundo del trabajo.

i. Criterio de Violencia Sistemática y por Tiempo Prolongado

Tuvo sus inicios con el caso *Javier Díaz Vs. Sistemas Edmasoft, C.A. y E-Business Corporation, C.A.*²², el cual se trató de una demanda interpuesta por el extrabajador quien alegó haber sido víctima de acoso laboral fundamentado en que fue sometido a aislamiento en su gestión laboral, viéndose limitado en sus comunicaciones, constreñido a suscribir acuerdos de confidencialidad, sometido a penurias en Colombia donde fue enviado en virtud de una academia corporativa sin el respectivo pago de viáticos, todo lo cual indicó que le afectó mental y físicamente.

En virtud de ello, la Sala desestimó la petición del demandante estableciendo que, para poder considerarse *mobbing* o acoso laboral, era necesario que una persona o un grupo de personas ejercieran “violencia psicológica extrema de forma sistemática (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo”. Este criterio se obtiene de la definición de Heinz Leymann, precursor de los estudios sobre el *mobbing*.

Es decir, la jurisprudencia en su intención de crear criterios objetivos para la determinación del acoso laboral terminó creando un sistema donde sólo podría determinarse el hostigamiento laboral si la persona era acosada al menos una vez durante 24 semanas consecutivas, es decir, bajo este criterio, si por el contrario fuese acosada 23 semanas consecutivas, se interrumpiera una semana y se retomara a la siguiente, no habría de acuerdo con este criterio jurisprudencial, acoso laboral. Sin embargo, este criterio fue superado, como se verá a continuación.

²² STC No. 0674 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de 05 de mayo de 2009.

ii. *Criterio del Nexo Causal Entre el Daño y el Hecho Ilícito Patronal*

Uno de los primeros criterios sobre el tema y que modifica el anterior, se da con el caso Humberto Tesorero Vs. CANTV²³ y en el cual el trabajador alegó haber sido víctima de acoso laboral, por cuanto fue despedido injustificadamente en dos ocasiones. Ante ello y pese a la decisión favorable de los jueces de instancia, la Sala decidió que, si bien es evidente la conducta contumaz del patrono al no acatar la orden de reenganche, el informe médico consignado como prueba aporta un diagnóstico de afectación emocional, en la reevaluación 8 días después, indicó que no presentaba “síntomatología emocional”. Dado ello, este Informe no demuestra la relación de causalidad entre la conducta del empleador y el daño causado, siendo por ello improcedente la indemnización solicitada.

Este criterio fue adoptado sucesivamente en el caso de Jhonnely Duarte Vs. Panadería y Pastelería Royal Century C.A.²⁴, donde la trabajadora alegó haber sido víctima de acoso laboral alegando que prestaba servicios de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. como despachadora y posteriormente iniciaba turno como cajera hasta las 9:00 p.m., por lo que carecía de “libertad y disponibilidad de la hora de descanso, aunado al trato de hostigamiento, violencia psicológica en el trabajo, atropellamientos, ofensas...” y debido a ello, solicitó la indemnización del daño moral establecida en el artículo 1.185 del Código Civil.

Ante ello, la Sala falla estableciendo que, para que proceda el daño moral con ocasión a una situación de acoso laboral, es necesario que exista un daño que provenga de un hecho ilícito patronal, siendo que la prueba de éste, es decir, de la relación de causalidad entre el daño y el hecho ilícito patronal, es carga del trabajador que alega haber sido acosado.

Este criterio se complementa con el establecido en la decisión del caso Enrique Castro Vs. Distribuidora Verocerámica, C.A.²⁵, en la cual se estableció que la prueba del daño moral en materia de acoso laboral, “...se trata de una acreencia especial que inexorablemente debe ser demostrada por el actor...” mediante algún medio probatorio “...que permita al accionante demostrar sus alegatos...”.

²³ STC No. 830 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de julio de 2010.

²⁴ STC No. 1508 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de octubre de 2014.

²⁵ STC No. 147 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de 09 de marzo de 2017. Luego ratificado en el caso de la también extrabajadora de esta compañía Miriam Spitia en STC No. 0414 de 29 de mayo de 2017.

De manera que, estos nuevos criterios que anteponen la necesaria existencia de un nexo causal entre el daño alegado y la conducta patronal como hecho demostrativo del acoso laboral, requieren el cumplimiento de la carga de la prueba en el trabajador presuntamente acosado y, en consonancia con estos criterios, este año 2019 se ratificó la necesidad de comprobar la relación de causalidad entre el daño y el hecho ilícito patronal, en el caso Banco Provincial, S.A. Vs. INPSASEL y GERESAT Capital y Vargas²⁶ en virtud del recurso de nulidad intentado en contra de la Certificación de Enfermedad Ocupacional dictada a favor del trabajador Roberto Constantino Key por “hostigamiento y acoso laboral”.

En esta sentencia, Sala estableció que, con la Certificación del INPSASEL “quedó ampliamente demostrada la relación de causalidad existente entre las actividades desarrolladas por el trabajador y el *‘ambiente hostil y en condiciones inadecuadas [por] factores psicosociales y emocionales [de origen ocupacional]*”, de igual manera la sentencia ratifica que es el INPSASEL el encargado para “comprobar, calificar y certificar el origen ocupacional de cualquier afectación en la salud del trabajador”.

Estos criterios jurisprudenciales imperantes en la actualidad sobre la necesaria demostración del nexo causal entre el daño y el hecho ilícito patronal para demostrar la existencia del acoso laboral, vinieron a suavizar el criterio rígido del “acoso sistemático y prolongado” de al menos una vez por semana por al menos seis meses, logrando con ello que pueda demostrarse el hostigamiento mediante criterios científicos y por parte de especialistas como ocurre con el resto de las enfermedades ocupacionales.

c. Aplicabilidad en Venezuela del Convenio 190 y la Ratificación 206 de la OIT

Como ya se indicó, el Convenio 190 y la Recomendación 206 al mes de agosto de 2021 no ha sido ratificado por Venezuela; sin embargo, surge la inquietud de si el mismo, aún así, podría ser basamento legal en nuestra país más allá de las regulaciones legales y criterios jurisprudenciales.

A este respecto tenemos la posición de VILLASMIL (2007)²⁷, quien indica que: “Pero incluso del Convenio no ratificado no deja de surtir efectos jurídicos, dos al menos: de una parte, el *deber de sumisión* ante los parlamentos y, de la otra, el servir de fuente de interpretación del derecho interno...”

²⁶ STC No. 154 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de 05 de junio de 2019.

²⁷ Humberto Villasmil P., *Relaciones Laborales: en tiempo presente* (Caracas: UCAB, 2007), 149.

De acuerdo con la postura doctrinaria anterior, resulta ajustado considerar que si bien el Convenio 190 y su Ratificación 206, aunque no estén ratificados por Venezuela, su contenido puede ser invocado y aplicado en las relaciones laborales dentro del país, más aún cuando su contenido contempla un desarrollo más amplio y profundo de un derecho fundamental, especialmente cuando porque el mismo resulta cónsono con la Declaración Universal de Derechos Humanos que sí se encuentra ratificada por Venezuela.

Asimismo, la Constitución Nacional contempla en su artículo 3 los fines del Estado venezolano y éstos son, entre otros, "...la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad...", por ende, cuando verificamos que el contenido de estos 2 instrumentos internacionales contiene normas y recomendaciones más avanzadas y protectoras que las de nuestra legislación y que incluso resultan cónsonas con los criterios jurisprudenciales vigentes, es una clara muestra que nuestra doctrina judicial sí se está en completa sintonía con la actualidad del tema al aplicar la teoría del nexo causal.

Pese a ello, resulta fundamental la ratificación de los mencionados instrumentos de la OIT por parte de Venezuela para reforzar su exigibilidad y reforzar los criterios jurisprudenciales, pero especialmente para forzar mejoras en la legislación interna no solo para sancionar, sino, sobre todo, para prevenir la ocurrencia del acoso laboral y acoso sexual en el mundo del trabajo.

III. Conclusiones

Conforme a lo analizado anteriormente, el acoso laboral y el acoso sexual, son conductas lesivas y por ende deben ser eliminadas en el mundo del trabajo, toda vez que su ocurrencia repercute negativamente en todos los involucrados: el acosado, por cuando dicha situación pudiera ocasionarle enfermedades de tipo psicopatológicos, psicosomáticos y comportamentales; el acosador, por cuanto puede ser objeto de sanciones incluso penales; y finalmente, el patrono, por cuanto pudiera padecer las consecuencias de una conducta que no necesariamente puede ser ocasionada por éste pero que tampoco evitó, bien sea porque puede ser sancionado por las autoridades o incluso porque dicha situación de hostigamiento repercute negativamente en su productividad.

Dado ello, resulta forzoso que, dadas de las últimas tendencias en la materia ya analizadas, los empleadores instauren políticas corporativas de prevención que eviten las situaciones de acoso que permitan a los sujetos que intervienen en la relación laboral desarrollar sus actividades dentro del marco del respeto y, evitando con ello, situaciones incómodas que afecten a las personas involucradas, el clima laboral y, de manera subsidiaria, la productividad de la compañía, ya que de acuerdo con cifras de la OMS para mayo de 2019 relacionados

a la salud mental en el lugar de trabajo “...se estima que la pérdida de productividad relacionada con la depresión y la ansiedad, dos de los trastornos mentales más comunes, cuestan anualmente a la economía mundial US\$ 1 billón”²⁸. Dado ello, es imperativo para las compañías ejercer medidas correctivas ante este fenómeno y con ello evitar afectaciones a la salud de sus trabajadores e incluso, pérdidas en la productividad.

Ahora bien, para los casos en los cuales la política de prevención no sea suficiente, es deber del empleador contar con protocolos de atención a la presunta víctima y, a su vez, la canalización de las denuncias ante los entes que corresponda.

²⁸ Artículo publicado en 22 de enero de 2019 por la Organización Mundial de la Salud, sobre la salud mental en los lugares de trabajo. Acceso el 30 de septiembre de 2021, <https://www.who.int/es/news-room/commentaries/detail/mental-health-in-the-workplace>

La energía como Derecho Humano (El Derecho a una Vivienda Adecuada)

Miguel I. Rivero Betancourt*

pp. 275-296

Invitado: 01 nov 2021

Sumario

I. Introducción | II. La Energía. Concepto y Usos | III. Derecho de la Energía | IV. Normas internacionales y domésticas que regulan el Derecho de Acceso a una Vivienda Adecuada | V. Precedentes Judiciales | VI. Conclusiones.

* Socio senior de LEGA Abogados. Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en Caracas. Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración en la Universidad Central de Venezuela, en Caracas. Maestría (LLM) en *Natural Resources and Environmental Law and Policy* y Especialista en Derecho de la Energía, ambos estudios cursados en la Universidad de Denver, USA. Profesor invitado en el Diplomado de Gerencia de los Hidrocarburos (IESA). Presidente de la Asociación Venezolana de Procesadores de Gas (AVPG)

La energía como Derecho Humano (El Derecho a una Vivienda Adecuada)

Resumen: El derecho de acceso a la energía debe considerarse como un derecho humano y debe, por tanto, ser garantizado a las personas mediante los mecanismos de protección reconocidos por los tratados internacionales y las normas domésticas en la materia: el Estado es responsable de cumplir con la prestación de esa obligación de proveer energía. Es un hecho notorio que en Venezuela el Estado no da cumplimiento con su responsabilidad de suministrar energía en cualquiera de sus formas, falta de cumplimiento que podría constituir una violación de las obligaciones previstas en los tratados y declaraciones internacionales, y en el ordenamiento jurídico nacional. Mediante este trabajo nos referiremos al concepto de energía, al derecho de la energía, a las normas internacionales y domésticas que regulan el Derecho de Acceso a una vivienda adecuada y precedentes judiciales relevantes en la materia.

Palabras Claves: Energía | Derecho de la energía | Derechos Humanos | Vivienda adecuada | Acceso a la energía.

Energy as a Human Right (The Right to a Suitable Housing)

Abstract: The right of access to energy must be implicitly recognized as a human right and must, therefore, be guaranteed to people through the protection mechanisms recognized by international treaties and domestic regulations on this matter: the State is responsible for complying with the provision of this obligation to supply energy. It is a notorious fact that in Venezuela the State does not comply with its responsibility to supply energy in any of its forms, a lack of compliance that could constitute a violation of the obligations provided in international treaties and declarations, and in the national legal system. Through this work we will refer to the concept of energy, energy law, international and domestic standards that regulate the Right of Access to adequate housing and relevant judicial precedents in the matter.

Key Words: Energy | Energy law | Human Rights | Adequate housing | Energy access.

I. Introducción

El derecho de acceso a la energía está directamente relacionado con el bienestar de las personas de tener una vida digna. “La energía es necesaria para cocinar, para iluminarnos, para conservar los alimentos, para tener agua caliente sanitaria y para la climatización, servicios básicos que cualquier hogar debería tener cubiertos para asegurarse unas condiciones mínimas de confort”¹.

Ahora bien, el derecho de acceso a la energía no está expresamente reconocido como derecho humano. Este derecho se encuentra indirectamente regulado por normas de derecho humano relacionadas con el derecho de toda persona de contar con una vivienda adecuada². Esta debe contar a su vez con los servicios básicos tales como: electricidad, gas, agua, etc.

El tema central de este ensayo es establecer que el derecho de acceso a la energía está reconocido implícitamente como derecho humano y, por lo tanto, debe ser garantizado a las personas mediante los mecanismos de protección reconocidos por los tratados internacionales y domésticos en esta materia. Este derecho debe incluir todas las actividades necesarias para que la energía llegue a la persona que ocupe (sea en su condición de propietario, inquilino, comodato, etc.) una vivienda adecuada.

Suministrar energía para satisfacer necesidades esenciales, pasa por la ejecución de distintas actividades articuladas entre sí, tales como las de exploración, extracción, transporte, distribución y comercialización. Estas actividades requieren para su adecuado desarrollo de tecnología de punta, financiamiento y mano obra calificada. Entonces, el que un megavatio de electricidad o una molécula de gas llegue a las viviendas en forma de iluminación, calor, fuego, etc. es una tarea altamente compleja. A esto se debe agregar por la propia característica y naturaleza de la industria energética (petróleo, gas, hidroeléctrica, nuclear, etc.) el que son intensamente reguladas y

*Miguel I. Rivero Betancourt es socio senior de LEGA Abogados. Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en Caracas. Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración en la Universidad Central de Venezuela, en Caracas. Maestría (LLM) en *Natural Resources and Environmental Law and Policy* y Especialista en Derecho de la Energía, ambos estudios cursados en la Universidad de Denver, USA. Profesor invitado en el Diplomado de Gerencia de los Hidrocarburos (IESA). Presidente de la Asociación Venezolana de Procesadores de Gas (AVPG).

¹ Joana Mundó y Marta García, “La energía como derecho. Cómo afrontar la pobreza energética”. *Debats Catalunya Social Propostes des del Tercer Sector*, nume. 38. (2014), 3.

² Las normas de derechos humanos desarrollan diversos aspectos en materia de energía, bien protegiéndola o denunciándola cuando afecta otros derechos humanos. Este trabajo solo toca el primero de lo señalado y de manera muy particular al tema de la obligación de proveer vivienda adecuada.

requiere de una política energética que proyecte el desarrollo y uso de la energía. Además, la energía no se usa solamente para satisfacer las necesidades de una persona en una vivienda adecuada. Tiene múltiples usos tales como: combustible para el transporte aéreo y marítimo; materia prima en la industria manufacturera; producción y conservación de alimentos; materia prima para la producción de bienes para la construcción. Como vemos, sin energía no hay desarrollo individual ni social posible.

El Estado es responsable de cumplir con la prestación de esa obligación de proveer energía bajo unas características, que sea: segura, accesible, bajo costo, de calidad, entre otras. Esta obligación se circunscribe en la prestación de los servicios públicos básicos por parte del Estado, esenciales para una vivienda adecuada.³ El cumplimiento de esa obligación está dentro de la categoría de derechos humanos económicos, sociales y culturales, denominados de segunda generación⁴.

Es un hecho notorio que en Venezuela el estado no da cumplimiento con esta obligación de suministrar energía en cualquiera de sus formas en los términos reconocidos especialmente por las Observación general N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), que desarrollaremos más adelante.

Esta falta de cumplimiento podría constituir una violación de las obligación previstas en los tratados y declaraciones internacionales; así como de la constitución nacional, leyes y reglamentos y pudiera acarrear, en consecuencia, la responsabilidad patrimonial o personal de las personas que por el estado están obligados a dar cumplimiento a esa obligación. Esta situación

³ Cecilia Sánchez, “El Derecho de la Energía como Derecho Fundamental I” El Salto Diario (Blogs), 25 de febrero de 2019, <https://www.elsaltodiario.com/desconexion-nuclear/el-derecho-a-la-energia-como-derecho-fundamental>. Los “Estados han sido reticentes a recoger en sus ordenamientos jurídicos unos derechos que implican obligaciones exigibles por la ciudadanía. Esta falta de consagración normativa, al menos de forma vinculante, ha hecho que sea difícil la tarea de garantizarlos judicialmente. Por otra parte, es conocida la discusión sobre si la instrumentalidad de los derechos de segunda generación para la consecución de los derechos de primera generación. Para algunos autores ya no se sostiene esta artificiosa separación, pues sin derecho a una vivienda digna, difícilmente se puede lograr las libertades que propugna la primera generación de derechos, por ejemplo, el derecho a la intimidad.”

⁴ Cecilia Sánchez, “El Derecho...”. Los Derechos de segunda generación incluyen los llamados derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la propiedad, a una vivienda digna, a un sistema de seguridad social), están vinculados con el principio de igualdad y exigen para su realización una efectiva intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos”.

dramática de hogares venezolanos que no les llega electricidad, gas, entre otras, de forma segura y calidad, se ha denominado pobreza energética⁵.

II. *La Energía. Concepto y Usos*

Como ya indicamos, “la energía es fundamental para todas las actividades que realizamos cotidianamente: para que en nuestro cuerpo tengan lugar las funciones vitales, para producir, para trabajar, para viajar, para comunicarnos, entre otras. La energía aparece bajo formas muy diversas: electricidad, calor, reacciones químicas, energía nuclear, luz, movimiento del aire (viento) o del agua (mareas). También aparece en formas más “escondidas”, que usualmente no asociamos con el término energía: la posición, la forma, la masa. Todas estas formas de energía tienen algo en común: la capacidad de producir efectos, cambios, transformaciones.”⁶

En este ensayo nos referimos al término energía⁷ desde el punto de vista de su aporte a la sociedad, especialmente cuando la energía sea jurídicamente relevante desde la perspectiva de los derechos humanos en cuanto la obligación de proveer una vivienda adecuada incluyendo los servicios públicos esenciales. Aun cuando también tocaremos tangencialmente en este ensayo la cadena de valor (explotación, transporte, distribución, transformación, y comercialización) de algunas fuentes de energías indispensable para que esta llegue a una vivienda en forma de electricidad para la iluminación, calefacción, cocina, etc. (consumidor final).

⁵Joana Mundó y Marta García, “La energía como...”, 10. Nos dice que “cuando se habla de pobreza energética a nivel global normalmente se hace referencia a la privación de acceso a la energía que tienen en muchos países empobrecidos, debido a que no existen suficientes redes de transporte y distribución de electricidad o gas (dejando a mucha población sin la posibilidad ni tan siquiera de comprar energía a una comercializadora). De hecho, las Naciones Unidas han declarado la década 2014-2024 como la Década de Energía Sostenible para Todos, poniendo especial atención a los 1.300 millones de personas que viven en países donde no hay acceso a la electricidad.”

⁶Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, *La energía, cambios y movimientos: cuadernos para el aula* (Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación, 2007), 9.

⁷Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, *La energía...*, 47 “Hasta la Revolución Industrial, la mayor parte de la energía utilizada por los seres humanos en sus actividades era de origen animal: provenía de los animales domésticos (bueyes, caballos, burros) utilizados para transportar personas, mercancías o información, para elevar pesos o para mover máquinas sencillas. Dentro de esta forma de energía “animal” se incluía, por supuesto, la propia fuerza humana. Esta energía biológica que se ha empleado durante tantos siglos proviene de la energía química contenida en los alimentos; es decir, se genera, en última instancia, en las plantas verdes, que transforman la luz del Sol en energía disponible, durante el proceso llamado fotosíntesis. Se trata en este caso de un recurso prácticamente inagotable y muy poco contaminante.”

III. Derecho de la Energía

En términos generales, el derecho de la energía⁸ es aquel que regula la propiedad, exploración, extracción (explotación), transporte, distribución, transformación, comercialización y uso de la energía, tanto de fuentes renovables (eólica, solar, hidráulica, etc.) como las no-renovables (petróleo, gas, carbón, etc.)⁹.

“Heffron y Talus lo definen como la regulación de las obligaciones y derechos relacionados con la energía, de las variadas partes interesadas, a lo largo del ciclo energético.”¹⁰

Iñigo del Guayo Castiella propone una definición enfocada al uso final de la energía. Así pues, el citado autor ofrece la siguiente definición de derecho de la energía:

“Una definición debe incluir la finalidad de lo definido, su telos. Puede así definirse el derecho de la energía como aquella parte del ordenamiento jurídico que establece las reglas para que el suministro final de energía a los usuarios sea seguro, económicamente eficiente y sostenible medioambientalmente. Lógicamente, está constituido por normas de derecho público y de derecho privado, de origen internacional, europeo, nacional, autonómico y local, agrupadas *ratione materiae*. Una parte importante del derecho de la energía tiene que ver con la regulación de las actividades energéticas.”¹¹

A los efectos de este ensayo tomaremos esta definición de derecho de energía. Pues, a nuestro juicio, se aproxima adecuadamente a la protección que las normas sobre derechos humanos pretenden garantizarse en materia de energía.

⁸ Hay diversas opiniones sobre que es el derecho de energía. En este ensayo he puesto la definición de carácter más general y universal.

⁹ Iñigo Guayo Castiella, “Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía”, *Revista de Administración Pública*, 212 (2020): 309-346, <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.12>. Este autor nos dice que “El objetivo primero de una definición del derecho de la energía sería individualizar el derecho de la energía dentro del derecho, para distinguirlo de otras disciplinas, particularmente de aquellas en cuyo seno se gestó, antes de nacer como un subsector autónomo del ordenamiento jurídico. El segundo objetivo de una definición sería contribuir a una mejor y más detallada determinación de sus contenidos. El reconocimiento de una nueva disciplina científica implica el reconocimiento no solo de la existencia de unas normas propias, sino también de unos principios específicos. Tales principios no son nuevos principios generales del derecho, distintos u opuestos a los existentes, sino algo más modesto: los principios inspiradores del sistema objeto de regulación jurídica. El derecho de la energía tiene sus propios principios.”

¹⁰ Iñigo Guayo Castiella, “Concepto, contenidos...”, 312.

¹¹ Iñigo Guayo Castiella, “Concepto, contenidos...”, 313.

No obstante, en mi opinión, definir el derecho de energía atendiendo solo a su finalidad puede resultar incompleta en el sentido que la energía para llegar al usuario final está sometida a una serie de actividades entrelazadas entre sí (exploración, explotación, transporte, distribución y comercialización), técnicamente complejas, de altos requerimientos tecnológicos, financieros y de mano de obra calificada. Esto será tema de otro trabajo.

Las fuentes del derecho de energía incluyen los “contratos internacionales de energía, costumbres y prácticas en la industria energética internacional, tratados bilaterales, así como convenciones multilaterales e internacionales, laudos internacionales de arbitraje, decisiones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y otros tribunales internacionales”¹².

El derecho de energía es hoy “en día más holística en su enfoque”, e incluye cuestiones “que anteriormente estaban asociadas con otras áreas de la ley, como los mecanismos de subsidios, los problemas de salud y seguridad y las cuestiones de responsabilidad. Por lo tanto, las leyes relacionadas con estas esferas también dan lugar a fuentes de derecho energético.”¹³. Y agregaría en especial temas ambientales.

La internacionalización del derecho energético es más pronunciada y está más desarrollada en el sector del petróleo, el gas y el carbón, mientras que en el ámbito de las energías renovables todavía no está tan desarrollada¹⁴. La transición energética que está en pleno desarrollo significara un cambio en la matriz energética mundial en el cual las renovables pasaran a tener una participación muy importante en el mercado energético global en los próximos 20 a 30 años.

De igual manera “el desarrollo del derecho internacional de la energía está influenciado por muchos campos diversos de actividad como el derecho internacional público, el derecho internacional privado (Conflicto de Leyes), el derecho de infraestructura, el derecho de la construcción, el derecho interno, etc.

¹² Mohammad Naseem, *International Energy Law* (The Hague: Kluwer Law International B.V., 2017), 28. Traducción libre.

¹³ Mohammad Naseem, *International...*, 28. Traducción libre.

¹⁴ “Since energy is widely traded internationally and being main driving force of present-day world societies, so certain rules and regulations at international level have also evolved which are generally followed by international parties in their dealing in energy trade. With respect to energy law, petroleum and coal are most developed whereas renewable energy is least developed as interest in this area picked up recently,” 26.

Todos ellos están entrelazados y forman parte de la legislación energética en uno u otro aspecto, y son necesarios para la gestión eficaz de los recursos naturales”¹⁵.

No obstante, lo apasionante y complejo del derecho energético, este ensayo no persigue desarrollar con profundidad el derecho de la energía, o si este constituye una disciplina independiente del derecho en general. Esto también será materia de otro trabajo. Como hemos mencionado, aquí abordaremos el derecho de la energía desde la perspectiva de los derechos humanos y bajo el enfoque expresado al inicio de este trabajo.

IV. Normas internacionales y domésticas que regulan el Derecho de Acceso a una Vivienda Adecuada

Existen instrumentos legales internacionales y domésticos que establecen como derecho humano el que toda persona tenga acceso a una vivienda¹⁶ adecuada¹⁷.

Previamente debemos destacar que la energía está altamente regulada. Son diversas las razones. Y esta regulación tiene como objetivo fundamental garantizar el suministro de la energía para la satisfacción de las necesidades humanas de forma segura, eficiente y sostenible. Entre otras razones esta extensa regulación se fundamenta en que la propiedad del recurso natural (petróleo, gas, agua, etc.) que genera principalmente la energía es propiedad y está bajo las administración del Estado. “Desde esa perspectiva, el derecho de la energía consiste en la traslación a las normas del ordenamiento jurídico de un conjunto de objetivos de política energética”¹⁸.

Además, las industrias que generan energía (petróleo, gas, hidroeléctrica, etc.) constituyen por su naturaleza y características (al menos en la fase de

¹⁵ Mohammad Naseem, *Internacional...*, 28. Traducción libre.

¹⁶ Sobre lo que es vivienda a los efectos de los derechos humanos Vanessa Villalibre Fernández, *El derecho a una vivienda adecuada. Un derecho del siglo XXI* (Madrid: Fundación Alternativas, 2011), 1 https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/dc7de8e54591ec4853c99894134691ac.pdf nos dice que “la vivienda trasciende la consideración de mero refugio y se identifica con el espacio físico en el que cualquier persona ha de tener la posibilidad de ejercitar su libre albedrío y satisfacer sus necesidades mínimas, desplegando en él su personalidad sin injerencias de otros sujetos o poderes. Por tanto, la vivienda se configura como requisito indispensable para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la intimidad personal y familiar, o la inviolabilidad del domicilio

¹⁷ Ver trabajo de Rolando Gialdino, “El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos” *Revista Corte IDH* (2013).

¹⁸ Iñigo Guayo Castiella, “Concepto, contenidos...”, 323

transporte y distribución) un monopolio natural¹⁹, por ello, entre otras razones, la intervención del estado para ordenar mediante la regulación las distintas actividades (exploración, explotación, transporte, distribución y comercialización) es profusa.

Entre los instrumentos internacionales más destacados, indicamos los siguientes:

- i. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 en su artículo 25.1 establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que asegure a las personas la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el Vestido y la vivienda, entre otros derechos²⁰.
- ii. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que reconoce en su artículo 11 el derecho a una vivienda adecuada, lo que incluye el acceso a la energía para la iluminación, electricidad para los múltiples usos que una persona pueda requerir²¹.
- iii. El derecho de acceso a la energía forma parte de los elementos típicados como condiciones del derecho a una vivienda adecuada, establecidos Observación general N° 4 (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de los Económicos Sociales y Culturales). Este documento es muy importante para este ensayo, porque desarrolla el sentido y alcance de lo que se entiende por vivienda adecuada a los efectos garantizar efectivamente una vida digna, en particular,

¹⁹ Iñigo Guayo Castiella, “Concepto, contenidos...”, 321. Cabe mencionar “el derecho español de la energía ha estado fuertemente determinado por el derecho de la UE, sobre todo en materia de liberalización, sostenibilidad (medioambientalización), regulación, conexión con otros Estados y seguridad. El derecho de la energía en España no es hoy una parte del derecho administrativo, aunque ese derecho tiene una trascendencia especialmente intensa sobre las actividades energéticas, por variadas razones,” 316. Podemos igualmente sostener que el derecho de la energía en Venezuela está también muy intervenido por el derecho administrativo, a través de los entes reguladores y hacedores de políticas públicas.

²⁰ Esta Declaración fue un proclamada por la Asamblea de General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

²¹ Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentran reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que comprende 31 artículos, adoptado por los Estados parte del Sistema Universal de Derechos Humanos en el año 1966 (en vigor a partir de 1976) y ratificado por Venezuela en 1978.

respecto a la disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, asequibilidad y habitabilidad²².

A este respecto, en dichas Observaciones Generales 4²³, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala lo siguiente:

El párrafo 1 establece que los Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴ reconocieron expresamente (11.1) el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados. El párrafo 3 señala que esta disposición es la más importante entre los distintos instrumentos internacionales que desarrolla los distintos aspectos sobre una vivienda adecuada.

Conforme a dichas Observaciones, las principales características de una vivienda adecuada son las siguientes:

El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. (6)²⁵

- i. Debe considerarse el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte²⁶. En particular se resalta la definición ofrecida por la

²² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El derecho a una vivienda adecuada (Art.11, párr. 1): 13/12/91 CESCR Observación general N° 4 (*General Comments*) 6° período de sesiones (1991), Figura en el documento E/1992/23. Puede ver en el siguiente enlace al cual accedimos el 15 de abril de 2021: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

²³ Sexto período de sesiones (1991). Observación general N° 4 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

²⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Enrada en vigor: 03 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

²⁵ 6. El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia "para sí y su familia" supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de "familia" debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación.

²⁶ 7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto,

Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, en su párrafo 5 sobre el concepto de vivienda adecuada.

- ii. “el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".
- iii. *Seguridad jurídica de la tenencia*, en el cual “sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas”. (8.a)
- iv. *Disponibilidad de servicios*, materiales, facilidades e infraestructura en el sentido que “una vivienda adecuada debería tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”. (8.b)
- v. *Gastos soportables* en el sentido Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. (8.c)
- vi. *Habitabilidad*, “en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes”. (8.d)
- vii. *Asequibilidad*, en cuanto a “concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda”. (8.e)
- viii. *Lugar*, en lo que respecta a que “la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de

exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: "el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales”. (8.f)

- a. *Adecuación Cultural*, que refiere “a La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda”.

De lo expuesto, se puede deducir que existen diferentes instrumentos internacionales que hacen referencia de forma explícita o implícita al derecho humano a la energía, y mas concretamente al derecho de acceso a la energía²⁷. Concretamente se ofrece un guía que los Estados pueden tomar en cuenta como referencia para cumplir la obligación de proveer a toda persona de una vivienda adecuada. Y el eje central de ese derecho lo constituye el derecho de toda persona a tener acceso permanente a recursos naturales, a energía para la cocina, la calefacción y la iluminación. Esta enumeración a mi juicio debería ser entendida de manera enunciativa pues las obligaciones de esta naturaleza pueden variar con el tiempo conforme al tipo energía que se provea y las necesidades como esta deba ser satisfecha.

La Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, adoptada en 2015, contiene diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible²⁸. Entre ellos, el Objetivo 7 que comprende la obligación de Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna, presenta los siguientes objetivos específicos: 7.1 De aquí a 2030, garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos.

7.2 De aquí a 2030, aumentar considerablemente la proporción de energía renovable en el conjunto de fuentes energéticas. 7.3 De aquí a 2030, duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética. 7.a De aquí a 2030, aumentar la cooperación internacional para facilitar el acceso a la investigación y la tecnología relativas a la energía limpia, incluidas las fuentes renovables, la eficiencia energética y las tecnologías avanzadas y menos

²⁷ Cecilia Sánchez, “El Derecho...” señala “La idea de consagrar el derecho a la energía como un derecho fundamental es una manera de reforzar un derecho humano y básico al que tenemos derecho simplemente por el hecho de tener tal condición de seres humanos y de, consecuentemente, tener derecho a una vida digna independientemente de cualquier otra consideración relativa a la capacidad económica, condición social, raza, sexo, etc. Sobre todo, si se tiene en cuenta que se trata de un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales (como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación...) irrenunciables para nuestro desarrollo.”

²⁸ Objetivos de Desarrollo Sostenible, se puede ubicar en la, página web de las Naciones Unidas a la cual accedimos en fecha 17 de abril de 2021 a través del siguiente enlace: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/energy/>

contaminantes de combustibles fósiles, y promover la inversión en infraestructura energética y tecnologías limpias. 7.b De aquí a 2030, ampliar la infraestructura y mejorar la tecnología para prestar servicios energéticos modernos y sostenibles para todos en los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus respectivos programas de apoyo.

Con respecto a las normas venezolanas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁹ en su artículo 82 establece:

“Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénicas, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.

El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.”

Por su parte el artículo 156.23 sobre las materias que son competencias del poder nacional se establece:

23. Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo, ordenación del territorio.

Asimismo, el artículo 178.1 establece que

“Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios...”.

El 178 establece los municipios tienen competencia en materias tales como:

178.6.- Ordenación territorial y urbanística; patrimonio histórico; vivienda de interés social; turismo local; parques y jardines, plazas, balnearios y otros sitios de recreación; arquitectura civil, nomenclatura y ornato público³⁰.

²⁹ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999, con una enmienda Publicada en Gaceta Oficial N° 5.908 extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

³⁰ Esta competencia también está prevista en el artículo 56.2.de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del poder Público Municipal.

178.6.- Servicio de agua potable, electricidad y gas doméstico, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; cementerios y servicios funerarios.

Asimismo, la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del poder Público Municipal³¹, en sus artículos 56.2 encabezamiento y 56.2.f confirma lo establecido en la CRBV.

El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Vivienda³², establece en su artículo 2. que:

“El Estado garantizará el derecho a una vivienda digna, dando *prioridad* a aquellas familias que se encuentren en riesgo vital, así como, las que no posean vivienda propia y a las parejas jóvenes que estén fundando familia.”

Por su parte los artículos 25. y 26. declaran que podrán dictar medidas preventivas en los supuestos allí previstos para garantizar:

“el derecho de las personas a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que humanicen las relaciones familiares, vecinales y comunitarias.

De lo expuesto se deduce que el Estado Venezolano ha incorporado al derecho interno venezolano las obligaciones relacionadas a proveer una vivienda adecuada incluyendo los servicios de electricidad y gas. Lo que hay preguntarse a su vez, es si el estado está cumpliendo con esa obligación y en caso de que no lo esté haciendo, ¿cómo se exige su cumplimiento y la determinación de responsabilidades? Y no se plantea esta pregunta desde el punto de vista teórico donde existen ya procedimientos para que las personas puedan acudir a los órganos de justicia para exigir el cumplimiento de ese derecho. Mas bien: lo planteo desde el punto de vista pragmático, lograr el efectivo cumplimiento de esa obligación.

En este sentido, es un hecho notorio que el Estado venezolano no está dando cumplimiento a esta obligación de proveer a toda persona de una vivienda adecuada. El caso venezolano es dramático en esta materia y en especial en su falta de dotación de servicios público domiciliarios como el eléctrico y de gas que permita una vida digna. Esta situación se la ha denominado “pobreza energética”.

El Comité Económico y Social Europeo de la Unión Europea en un Dictamen sobre pobreza energética del 2013 estimó que esta afecta a más de 50 millones de personas (datos del 2009). que no contaban con un servicio públicos de energías adecuados. Este dictamen “exhorta a emprender acciones urgentes

³¹ Publicada en la gaceta oficial Extraordinario Nro. 6.018 del 29 de enero del 2011.

³² Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.018 Extraordinario del 29 de enero de 2011.

a nivel europeo y aboga por un Compromiso Europeo de Seguridad y Solidaridad Energéticas para fomentar una auténtica política europea de lucha contra la pobreza energética y a favor del desarrollo de la solidaridad en este ámbito”³³. Esta situación de pobreza energética generalizada a nivel mundial ha impulsado la idea de que se reconozca expresamente del derecho a acceso a la energía como un derecho humano.

En resumen: las obligaciones de proveer una vivienda adecuada presentan las siguientes características:

- i. Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada y digna.
- ii. Esta vivienda adecuada debe contar con servicios básicos esenciales.
- iii. La satisfacción de este derecho esta compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos.
- iv. El poder nacional tiene la competencia para dictar las políticas en materia de vivienda.
- v. El poder nacional tiene la competencia para legislar en materia de vivienda.
- vi. El poder municipal tiene la competencia en materia de dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios.

V. Precedentes Judiciales

Existen decisiones dictadas por órganos judiciales multilaterales que nos ayudan a precisar aun mas el alcance y sentido del derecho que tiene toda persona a una vivienda adecuada y el servicio de energía.

En este sentido, tenemos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso Hudorovič y otros c. Eslovenia, de 10 de marzo de 2020³⁴. Según OMAR BOUAZZA ARIÑO esta sentencia:

“plantea la importante cuestión del derecho de acceso a agua potable como un elemento fundamental para el disfrute real y efectivo de los derechos humanos recogidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio o simplemente «el CEDH»), como el derecho al respeto de la vida privada y familiar”.

³³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Por una acción europea coordinada para prevenir y combatir la pobreza energética» (Dictamen de iniciativa), Accedimos en fecha 27 de abril de 2021 en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2517>

³⁴ Case of Hudorovic and others v. Slovenia (European Court of Human Rights) second section (Applications nos. 24816/14 and 25140/14) judgment. Accedimos en fecha 27 de abril de 2021 en el siguiente enlace: <https://laweuro.com/?p=10273>

Y más concretamente, sigue señalando el citado autor, que:

“nos encontramos ante un derecho existencial básico para que la persona pueda desarrollar su vida con normalidad en la esfera privada, familiar, profesional y social, como lo serían también el derecho de vestimenta y alimento, así como el derecho a una vivienda digna”³⁵.

En este sentencia, el THDH se refiere al derecho a la vivienda, en que:

“...el derecho a la vivienda, así como el derecho a la alimentación y el derecho al agua, serían necesidades básicas, de carácter existencial, sin las cuales no se pueden desarrollar los demás derechos inherentes a una persona, como la vida, la vida privada y familiar, el derecho a la educación o al trabajo...”³⁶.

Obsérvese, que esta decisión trata los conceptos de derecho vivienda, alimentación y agua³⁷, en el sentido de declararlas necesidades básicas de carácter existencial. Y lo expresa de esta manera (como sería caso del derecho a la iluminación, electricidad, gas, etc.) porque “sin los cuales no se puede desarrollar los demás derechos inherentes a una persona, como el derecho la vida” que es el núcleo en el que gravita cualquier otro derecho humano.

Existen diversas sentencias que reconocen expresamente el derecho a una vivienda adecuada previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV). A saber, Sala política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 00187, de fecha 12 de febrero de 2014, caso: FUNDACIÓN MISIÓN HÁBITAT³⁸; decisión N° 01185 de fecha 06 de agosto de 2014, caso: VENEZOLANO DE CRÉDITO, S.A. Banco

³⁵ Omar Bouazza Arinno, “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, (*ANNO*) *Revista de Administración Pública*, 212 (2020): 257-276.

³⁶ Omar Bouazza Arinno, “Notas de...”, 258. En este sentido agrega el autor que “el TEDH se referirá nuevamente al derecho a la vivienda. Y es que el derecho a la vivienda, así como el derecho a la alimentación y el derecho al agua, serían necesidades básicas, de carácter existencial, sin las cuales no se pueden desarrollar los demás derechos inherentes a una persona, como la vida, la vida privada y familiar, el derecho a la educación o al trabajo, como antes he avanzado. El TEDH diga que, en materias socioeconómicas, como la vivienda, el margen de apreciación que se ofrece al Estado es necesariamente amplio. El TEDH considera que, en la evaluación de las prioridades en el contexto de la inversión de los recursos limitados de un Estado, las autoridades internas se encuentran en mejor posición que un tribunal internacional.”

³⁷ Omar Bouazza Arinno, “Notas de...”, 259, también señala que la sentencia “desde la perspectiva del derecho al agua, recoge la Recomendación (2001)14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Carta Europea de Recursos hídricos. Subraya que el parágrafo 5 de la Carta reconoce el *derecho fundamental de todos a una cantidad de agua suficiente para sus necesidades básicas*, debiendo adoptarse medidas para evitar que se corte el agua a las personas indigentes.”

³⁸ Sentencia obtenida en fecha 18 de abril de 2021 en el siguiente enlace:
http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/febrero/161071-00187-12214-2014-2013-1518.html&palabras=vivienda_adeuada%20servicio_publico

Universal³⁹. Esta sentencia, con respecto al artículo 82 de la CRBV, señala lo siguiente:

“Como puede apreciarse de la norma citada, se reconoce a nivel constitucional el derecho que tiene toda persona a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluya un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, estableciendo el constituyente que la satisfacción progresiva del derecho enunciado es obligación compartida entre los ciudadanos y el Estado en todos sus ámbitos.”

Es importante destacar el reconocimiento del derecho de una vivienda adecuada desde la perspectiva constitucional, legal, reglamentaria, y además jurisprudencial. Otro hecho relevante al cual debemos prestar atención es que la obligación de una vivienda adecuada es “compartida entre los ciudadano y el Estado en todos sus ámbitos”.

A este respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SCTSJ) mediante sentencia N° 1771 de fecha 28 de noviembre de 2011, caso: Banco Nacional de Vivienda y Hábitat⁴⁰, sostuvo:

“De acuerdo a las normas antes transcritas y de los criterios jurisprudenciales sostenidos por esta Sala Constitucional, se denota la importancia que tiene en nuestro sistema el derecho a la vivienda, como elemento fundamental para el buen vivir de todos los sectores que conforman nuestra sociedad, y la necesidad de consolidar un sistema en el marco del estado democrático y social de derecho y de justicia que garantice los avances en la consecución de ese anhelo consagrado en la norma con mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico como lo es la Constitución”.

Agrega además dicha sentencia:

“que el derecho a la vivienda se encuentra enmarcado además en el Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Este caso es interesante porque la SCTSJ confirmó que por encima del derecho de propiedad privada (que no es un derecho absoluto en decir de la sala) está el interés general de proveer de una vivienda digna a las personas. Y ello puede implicar ejecutar expropiaciones sobre bienes privados que sean necesarias para satisfacer ese derecho. En este caso la SCTSJ confirmó la

³⁹ Sentencia obtenida en fecha 18 de abril de 2021 en el siguiente enlace:

http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/agosto/167906-01185-6814-2014-2012-0678.html&palabras=vivienda_adeuada%20servicio_publico

⁴⁰Sentencia obtenida en fecha 18 de abril de 2018 en el siguiente enlace: http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/abril/176779-00462-29415-2015-2012-0802.html&palabras=vivienda_adeuada%20servicio_publico

expropiación de terrenos privados que tenían una mina de material ferroso que iban a ser desarrollados por el sector privado, alegando la existencia de un recurso natural esencial para la producción de material de construcción de viviendas. Creo que es muy peligroso la aproximación de esta sentencia porque sobre esta base el derecho de propiedad o libertad económica están en riesgo permanente.

Sobre la normativa que regula al régimen prestacional de vivienda y hábitat, y en especial en relación con la determinación de la base de cálculo de los aportes correspondientes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), la Sala política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 01527, de fecha 12 de diciembre de 2012, caso: ACBL de Venezuela, C.A., establece lo siguiente:

“se constata que la intención del Constituyente como la del legislador ha sido la de procurar a la mayor cantidad de ahorristas el acceso a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias, mediante el crédito hipotecario, tal como lo expresa el artículo 82 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.” (Destacados del original).⁴¹

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Expediente N° 00-1362 del 11/08/2006)⁴², expone lo siguiente:

“que el artículo 82 de la Constitución vigente reconoce como derecho fundamental el derecho a una vivienda adecuada, esto constituye, las condiciones mínimas que aseguren la calidad de vida de los habitantes. Se trata así, de un derecho típicamente prestacional, en tanto implica como correlativo la exigencia de actuaciones positivas en cabeza del Estado y, también, de los ciudadanos, tendentes a la consecución del derecho.”

En este caso el Sala ordena el desalojo y reubicación de los habitantes de los sectores La Punta y Mata Redonda, y “establece que corresponderá a la Autoridad Única de Área para la Cuenca del Lago de Valencia, dependiente del Ministerio del Ambiente la coordinación de las acciones y recursos necesarios para que se lleve a cabo ese desalojo, previo restablecimiento del valor económico de cada una de las viviendas los habitantes, de manera que todos los

⁴¹ Ver enlace que accedimos en fecha 18 de abril de 2021:

http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/spa/mayo/176966-00502-6515-2015-2013-0866.html&palabras=vivienda_adecuada%20servicio_publico

⁴² Ver enlace que accedimos en fecha 26 de abril de 2021: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1632-110806-%2000-1362.htm>

sujetos lesionados –y no sólo los demandantes- puedan obtener un estándar de vida y vivienda similar al que tenían antes de la violación a sus derechos”.

A nivel regional, el Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), a través de la SC 1189/10-R de 6 de septiembre de 2010, señala:

“En términos generales, el derecho a la vivienda pretende dar satisfacción a la necesidad que tienen todas las personas de contar con un lugar digno para vivir. Tener una vivienda es una condición necesaria para la supervivencia y para poder llevar una vida segura, autónoma e independiente. No solamente se trata de un derecho que persiga que cada persona pueda tener un lugar para estar o para dormir, sino que el derecho a la vivienda es una condición esencial para que puedan realizarse otros derechos, de modo que cuando no se cuenta con una vivienda, los demás derechos pueden sufrir una grave amenaza, tiene que ver con la posibilidad de que las personas puedan encontrar un mínimo de satisfacción de sus necesidades; en consecuencia, es imprescindible que cuente con accesos y dotación de servicios básicos, es decir, que tenga acceso a agua potable, electricidad, drenaje y otros.”⁴³

En Colombia tenemos la sentencia T-433/16 (expedientes T5.456.675, T-5.448.677, T-5.447.085, T-5.447.096, T-5.441.920, T-5.441.919, T5.441.912, T-5.488.374, T-5.488.375, T-5.488.376, T-5.488.377, T-5.488.378. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), donde se definió el derecho a la vivienda como:

“aquél por medio del cual, se satisface la necesidad humana de poder contar con un sitio, propio o ajeno, que disponga de las condiciones adecuadas y suficientes para que quien lo habite pueda desarrollar, con dignidad, su proyecto de vida”.⁴⁴

⁴³ Ver el Cuestionario sobre el “Acceso a la Justicia en Relación con el Derecho a la Vivienda” de la Relatoría especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado”. Documento obtenido en fecha 18 de abril de 2021 en el siguiente enlace: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Justice/Bolivia.pdf>

⁴⁴ Accedimos en fecha 19 de abril 2021 en el siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-433-16.htm>. Ver también sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Expediente N° 11-0211 del 02/02/2011, donde se demanda de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, conjuntamente con medida cautelar innominada, contra “la sociedad mercantil PROMOTORA PARQUE LA VEGA, C.A., en razón de la vulneración de los derechos a la salud y la vivienda, así como de la amenaza contra el derecho a la vida, de las familias que adquirieron y que habitan en el Conjunto Parque Residencial Terrazas La Vega (Primera etapa). En este caso la Sala establece que “La Sala decide que, para que la vivienda sea digna no sólo debe contar con los servicios básicos esenciales que sean requeridos; además, debe estar emplazada en un hábitat que asegure, también, el derecho a un ambiente sano respecto de toda la colectividad afectada en el presente caso. Por ello, considera esta Sala que no sólo se han violado las condiciones mínimas necesarias para la materialización del derecho a la vivienda digna, sino que, además, se han violado además las condiciones mínimas que concretan un hábitat

En España, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 3º, y 152/1988, de 20 de julio, FJ 2º declaro que:

“la persecución del interés general –en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles– se ha de materializar a través de, no a pesar de, los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución, de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales”⁴⁵.

De acuerdo con lo expuesto, se confirma el reconocimiento en las jurisdicciones analizadas, del derecho de toda persona a una vivienda adecuada, incluyendo la dotación de los servicios públicos esenciales tales como la electricidad para contar con la iluminación, cocina, conservación de comidas, etc.

Debe destacarse, además, que el derecho a una vivienda adecuada y digna debe articularse con otros derechos humanos tales como: la dignidad humana, la igualdad, la intimidad, la protección de la familia, la protección de los menores, discapacitados, etc. Esto es un tema muy importante porque se han planteado casos donde se pide la protección (tutela jurisdiccional) de varios derechos humanos a un caso concreto, y si existe primacía de un derecho humano sobre otro (como el caso de si los derechos civiles y políticos tienen un ámbito mayor de protección a los económicos sociales y culturales). Este tema ha sido desarrollado y resuelto por la doctrina y por decisiones de las cortes y tribunales internacionales en el sentido de que todos los derechos humanos deben ser igualmente protegidos y para ello debe buscarse una interpretación omnicompreensiva y armónica. Esto debe analizarse caso por caso.

VI. Conclusiones

La energía es motor de la economía mundial. Toda persona tiene derecho a una vida digna y, una de sus manifestaciones, es el derecho a acceso a la energía como parte de la obligación de todo Estado de proveer una vivienda adecuada. Esta obligación ha sido declarada un derecho humano por los distintos tratados, declaraciones y en especial la constitución y normas venezolanas que desarrollan ampliamente el sentido y alcance de esta obligación por parte del Estado.

digno ante las inestables condiciones existentes en los edificios 9 al 13 del Conjunto Residencial Parque Terrazas de La Vega, así como en el resto del referido conjunto.” Accedimos en fecha 19 de abril 2021 en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1714-141212-2012-11-0211.html>

⁴⁵ Citada por Vanessa Villalibre Fernández, *El derecho...*, 26.

Hemos establecido que el término “energía” no está usado expresamente en los distintos cuerpos normativos analizados. Pero si la obligación del Estado de dotar a toda persona de servicios públicos domiciliario como la electricidad y el gas, y estas, como ha sido explicado, provienen de fuentes energéticas como la hidroeléctrica, petróleo y gas natural. Hemos afirmado que cuando se utiliza las palabras electricidad y gas, estas los engloba el concepto energía. Por lo tanto, en este contexto, podemos concluir que la “energía” es un derecho humano. Aun cuando puede resultar inútil esta determinación, cuando revisamos en mas en detalle la importancia de la energía para vida humana, no solo desde la óptica analizada en este ensayo, sino desde su importancia a nivel general, veremos, entonces, que no es un planteamiento irrelevante.

Hemos también mencionado la situación de crisis global y en especial en Venezuela en cuanto las carencias energéticas para satisfacer necesidades básicas, es lo que se ha denominado “pobreza energética”. Esta carencia a la energía de la población mundial nos hace pensar que debe considerarse a la energía un derecho humano.

En este contexto, es conveniente distinguir los conceptos de energía, derecho de acceso a la energía y el derecho de la energía. Lo que es declarado derecho humano es el derecho de acceso a la energía cuando se impone al Estado la obligación de dotar de servicios de electricidad y gas. La energía engloba los términos electricidad y gas. En cambio, el derecho de la energía es el conjunto de normas jurídicas que regulan las actividades energéticas en términos generales desde la propiedad de recurso para su extracción, transporte, procesamiento, y comercialización. Dijimos, no obstante, que a los efectos de este ensayo tomaríamos el concepto finalista de derecho de la energía, entendido “como aquella parte del ordenamiento jurídico que establece las reglas para que el suministro final de energía a los usuarios sea seguro, económicamente eficiente y sostenible medioambientalmente”. El derecho de la energía no está expresamente aceptado como una disciplina parte del ordenamiento jurídico general. Hay quienes lo ubican dentro del derecho ambiental, otros como una rama especial del derecho administrativo. Esto será tema de otro trabajo.

Por último, hemos dicho que el Estado venezolano no ha dado cumplimiento a la obligación de dotación de servicios públicos como parte de la obligación de proveer a toda persona de una vivienda adecuada. Esta obligación ha sido reconocida de manera expresa por nuestra constitución. Y en las Observaciones Nro. 4 de la Comisión de Derecho Económicos, Sociales y Culturales encontraremos una guías sobre el sentido y alcance de “vivienda adecuada”.

Hemos también planteado la responsabilidad del Estado por su falta de cumplimiento a esta obligación y, más concretamente, el derecho de cualquier ciudadano de acudir a los órganos jurisdiccionales para exigir su cumplimiento. Trajimos precedentes (sentencias) nacionales, regionales y de organismos y cortes de derechos humanos, que desarrollan ampliamente la forma de cumplir con ese derecho humano. Es un tema apasionante, pero a la vez difícil de digerir, porque su cumplimiento por parte del Estado puede resultar pobre o inexistente. Habría que trabajar sobre esta materia con más profundidad para lograr el efectivo cumplimiento de este importante derecho.

Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias*

Humberto Romero-Muci*

pp. 297-324

Invitado: 12 sept 2021

Sumario

I. Introducción | II. Las causas de la hiperinflación y la hiperdepreciación del Bolívar | 1. La hiperinflación | 2. La hiperdepreciación del Bolívar | III. La disfunción del Bolívar y la dolarización transaccional de la economía | 1. El concepto económico de la dolarización de la economía | 2. Consecuencias jurídicas de los daños patrimoniales por la hiperinflación y la hiperdepreciación del Bolívar | IV. Ilegitimidad del uso del petro como un sucedáneo de la dolarización de las obligaciones tributarias municipales | V. Inconstitucionalidad de la “dolarización” o del uso del petro en el cálculo de las sanciones tributarias | 1. Infracción de la reserva legal: Deslegalización prohibida | 2. Desnaturalización de la obligación tributaria | 3. Inconstitucionalidad por infracción de los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad

* Trabajo monográfico colaboración al libro homenaje a la profesora Cecilia Sosa Gómez auspiciado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En expresión de afecto, admiración y reconocimiento por su trayectoria académica e impronta de venezolana ejemplar. La responsabilidad de todo lo aquí expuesto, opinado y presentado es exclusivamente del autor

* Abogado *summa cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Magister en Leyes de Harvard Law School, Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Financiero en la Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de Derecho de la Contabilidad en el Postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello y en los Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Individuo de Número y ex presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (Sillón No. 14). Socio en D’Empaire, abogados

normativa y de razonabilidad de la Ley | 4. Inconstitucional pretensión de provecho de daños por hecho ilícito (ex turpi causa) | 5. Otras lesiones constitucionales por la dolarización de las sanciones tributarias | VI. Conclusiones

Ilegitimidad de la *dolarización* de las sanciones tributarias

Resumen: En esta investigación analizamos (i) las antinomias asociadas a la “dolarización” de las sanciones tributarias, (ii) su invalidez *ex turpi causa* y el (iii) despropósito del uso de estas como expresión de un derecho sancionatorio máximo o de “el enemigo”, en infracción de los principios de taxatividad penal, prohibición de retroactividad normativa y razonabilidad de la Ley.

Palabras Claves: Dolarización | *ex turpi causa* | Deslegalización | Derecho penal del enemigo.

Illegitimacy of dollarization of the tax penalties

Abstract: In this research we analyze (i) the antinomies associated with the "dollarization" of tax penalties, (ii) its *ex turpi causa* invalidity and the (iii) nonsense of using these as an expression of a maximum sanctioning power or criminal law of "the enemy", in violation of the principles of penal taxativity, prohibition of normative retroactivity and reasonableness of the Law.

Key Words: Dollarization | *ex turpi causa* | De-legalization | Criminal law of the enemy.

I. Introducción

En 2020 el régimen y partido de gobierno inventó una nueva vía de hecho normativa para reformar el Código Orgánico Tributario (COT). Desde la inconstitucional asamblea nacional constituyente sancionó el llamado “Decreto constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario”¹. También reformó por igual medio la Ley Orgánica de Aduanas (LOA)².

Con esta pretendida reforma³, entre otros desafueros, se discontinuó el uso de la Unidad Tributaria (UT) como medio de corrección de valor de las sanciones tributarias. Se sustituyó por un mecanismo de corrección de las sanciones pecuniarias en términos de un número de “...veces el tipo de cambio

¹ Gaceta Oficial No. 6.507 Extraordinaria del 29 de enero de 2020

² Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020

³ En su día la Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue firme en denunciar y rechazar la pretendida reforma fiscal de 2020: “La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en cumplimiento de sus atribuciones legales, se dirige a la sociedad venezolana para manifestar su absoluto rechazo a los denominados “Decretos Constitucionales” que modifican el Código Orgánico Tributario (COT), la Ley Orgánica de Aduanas (LOA) y la Ley de impuesto al valor agregado (LIVA), emanadas de la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente (ANC), publicadas en la Gaceta Oficial No. 6.507 Extraordinaria del 29 de enero de 2020, y alerta a la ciudadanía de la nulidad e ineficacia de las mencionadas vías de hecho normativas. Con ellas se pretende (i) radicalizar la persecución tributaria, con la puesta en vigencia de sanciones, manifestación de un derecho penal del «enemigo» en contra del ciudadano contribuyente y (ii) la creación de nuevos tributos que, antes que basarse en la capacidad contributiva y procurar la elevación del nivel de vida de la población como lo demanda la Constitución, penalizan los medios de pago de uso legítimo, en violación de los más elementales derechos y garantías constitucionales y convencionales, que presiden la creación de sanciones y tributos en Venezuela, con evidentes propósitos de control y dominación social, contrarios a la libertad y dignidad humana.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales reitera una vez más su criterio sobre la ilegitimidad de origen de la ANC1 y sobre la espuria intención de anular y suprimir a la Asamblea Nacional, único órgano constitucional del Poder Público legitimado por el pueblo venezolano para legislar en las materias de competencia Nacional2.

Consecuentemente, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales condena la inconstitucional pretensión de la usurpadora ANC de legislar sobre materias de la reserva legal y soslayar la necesaria representación deliberativa esencial a la creación de tributos y sanciones en el Estado democrático de derecho. Tal como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñidas al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.”. Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en rechazo a los “Decretos Constitucionales” que pretenden modificar el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de Aduanas y la Ley de impuesto al valor agregado dictadas por la inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, de fecha 2 de febrero de 2020.

oficial de la moneda de mayor valor publicada por el Banco Central de Venezuela vigente a la fecha de pago de dichas obligaciones”⁴. Así se modificaron los artículos 91 y 92 del COT 2020.

Se trata de un expediente absolutamente indeterminado y desproporcionado que no solo deslegaliza, sino que desnaturaliza la obligación tributaria causada en bolívares, para convertirla en una obligación de valor medida en términos de la moneda extranjera que se utiliza como especie de corrección. La multa ya no se determinará en bolívares sino en la moneda extranjera que ventajosa y arbitrariamente se decida aplicar “como la de mayor valor”, aunque se pague en bolívares.

Económicamente un reconocimiento de la disfunción del bolívar como unidad monetaria y jurídicamente un subterfugio para desplazar el uso del bolívar. De esta forma la Administración Tributaria se garantiza (i) un ingreso por las sanciones tributarias vinculadas al valor de una divisa estable, a la par que (ii) pretenden lucrarse de los daños causados ilícitamente por la hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar, mediante una política de intimidación y control social sobre los contribuyentes, en el contexto de una gestión recaudatoria sin debido proceso.

En esta investigación analizamos (i) las antinomias asociadas a la “dolarización” de las sanciones tributarias, (ii) su invalidez *ex turpi causa* y el (iii) despropósito del uso de estas como expresión de un derecho sancionatorio máximo o derecho penal “el enemigo”, por infracción de los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley.

Resulta fundamental desnudar hasta el fondo la realidad venezolana⁵, identificar las malas prácticas que se han enraizado en décadas de populismo desenfrenado e irresponsable y entender lo que no debe hacerse, ni tolerarse, para evitar que se repita. A ese empeño dedicamos este trabajo.

Solo unas palabras finales: Me complace dedicar este ensayo con especial afecto al libro homenaje a la obra académica y docente de la profesora Cecilia Sosa Gómez que auspicia la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La

⁴ Artículo 91: “Cuando las multas establecidas en este Código estén expresadas en el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela, se utilizará el valor del tipo de cambio que estuviere vigente para el momento del pago”.

Artículo 92: “Las multas establecidas en este Código expresadas en términos porcentuales se convertirán al equivalente al tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicado por el Banco Central de Venezuela que correspondan al momento de la comisión del ilícito y se cancelarán utilizando el valor de la misma que estuviere vigente para el momento del pago”

⁵ *Cfr.* Moises Naim, prólogo a *La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)*, de Pedro Palma Carrillo (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Ediciones IESA, 2020), 34

ejemplar ejecutoria personal de la admirada Dra. Sosa nos compromete e inspira en la indeclinable lucha por restaurar la civilidad, el Estado de Derecho y los principios republicanos.

II. *Las causas de la hiperinflación y la hiperdepreciación del Bolívar*

La hiperinflación e hiperdepreciación pulverizaron el poder adquisitivo del bolívar, colapsando el sistema monetario nacional.

Hoy el bolívar es una moneda disfuncional. Como moneda perdió su capacidad para atesorar valor, servir como unidad de cuenta y como medio de pago. En 13 años el bolívar lleva 3 reconversiones y la quita de 14 ceros. Entre febrero de 1999 y diciembre de 2020, la inflación acumulada es de un 51.246.900.000.000 o 51 billones %. En 21 años se depreció 18.310.104.529.517% o 18.3 billones %.

Estas cifras son difíciles de expresar, asimilar y entender⁶.

1. La hiperinflación

La causa de la hiperinflación se ubica en la pérdida autonomía del BCV en desmedro del equilibrio socioeconómico del país⁷. Se indujo al incumplimiento de sus deberes constitucionales y legales de mantener la estabilidad de los precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria de curso legal en frontal infracción de artículos 3, 320 y 318 constitucionales⁸.

⁶ (Billón: Un millón de millones, que se expresa por la unidad seguida de doce ceros). <https://dle.rae.es/bill%C3%B3n>

⁷ Ver Luis Zambrano Sequín, “Notas con relación a las reformas a la Ley del Banco Central de Venezuela”, acceso el 01 de septiembre de 2021, https://www.academia.edu/334101/Nota_con_rela-cio%C3%B3n_a_las_reformas_a_la_ley_del_Banco_Central_de_Venezuela. “En la reforma del 2005 incorporó la figura del <<...nivel adecuado de las reservas internacionales>> con el objeto de permitir la transferencia de recursos <<excedentarios>> en divisas, sin contrapartida efectiva alguna, a entes financieros del Gobierno que ejecutan gastos cuasifiscales. Además, se estableció que los excedentes de los ingresos externos de PDVSA, después de restar el aporte fiscal al Gobierno y los recursos requeridos para sus operaciones internas y externas, también se deben transferir a estos entes financieros públicos. Con esta reforma se debilitó la gestión de la política monetaria y cambiaría al reducir el control de la autoridad monetaria sobre los activos internacionales públicos que respaldan finalmente a la unidad monetaria nacional, además se instituyó un mecanismo que permite el financiamiento gratuito del Gobierno mediante la emisión monetaria sin respaldo”.

⁸ El Preámbulo de la Constitución de 1999 se señala el objetivo de la constitucionalización de la autonomía del BCV: “...Se le da rango constitucional a la autonomía del Banco Central de Venezuela en el ejercicio de sus funciones para alcanzar un objetivo único y exclusivo. Este se precisa como el de estabilizar el nivel de precios para preservar el valor de la moneda. La autonomía del Banco Central implica que la autoridad monetaria debe ser independiente del Gobierno y se prohíbe

Con las sucesivas reformas de la LBCV de 2001⁹, 2002¹⁰, 2005¹¹, 2009¹², 2010¹³ y 2015¹⁴ el instituto emisor fue instrumentalizado¹⁵ por el régimen para implementar una política monetaria expansiva para convalidar políticas fiscales deficitarias del sector público y financiar u otorgar créditos directos a la Estatal Petrolera (PDVSA)¹⁶ y otras empresas del estado. Además, perdió su facultad para administrar las reservas internacionales que respaldan la convertibilidad del bolívar, flexibilizó los criterios para determinar los activos que sirven para tales

constitucionalmente toda práctica que obligue al Banco Central a financiar o convalidar políticas fiscales deficitarias. En el ejercicio de sus funciones el Banco Central de Venezuela no podrá emitir dinero sin respaldo”. Este es un cometido estatal indubitable, condicionante axiológico del sentido y la finalidad del BCV en particular y de la validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico sobre las materias conexas.

⁹ Ley de Reforma Parcial de la LBCV (Gaceta Oficial No. 37.296 de fecha 03 de octubre de 2001)

¹⁰ Ley de Reforma Parcial de la LBCV (Gaceta Oficial Extraordinario No. 5.606 de fecha 18 de octubre de 2002)

¹¹ Ley de Reforma Parcial de la LBCV (Gaceta Oficial No. 38.232 de fecha 20 de julio de 2005)

¹² Ley de Reforma Parcial de la LBCV (Gaceta Oficial No. 39.301 de fecha 06 de noviembre de 2009)

¹³ LBCV (Gaceta Oficial No. 39.419 de fecha 07 de mayo de 2010)

¹⁴ Decreto No. 2.179, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la LBCV (Gaceta Oficial Extraordinario No. 6.211 de fecha 30 de diciembre de 2015)

¹⁵ Ver Luis Fraga Lo Curto, “Las soluciones institucionales a la crisis inflacionaria”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 9 (2016): https://www.academia.edu/32884364/SOLUCIONES_INSTITUCIONALES_A_LA_CRISIS_INFLACIONARIA_Por_Luis_Fraga_Lo_Curto_Abogado_UCAB_

¹⁶ Concretamente en la reforma de la LBCV de 2015, el legislador delegado inoculó el veneno de la hiperinflación en el Artículo 37(2). Allí se estableció una excepción a la prohibición para el BCV de otorgar créditos directos al Gobierno Nacional o cualquier otro ente de carácter público o mixto. Sin embargo, en un esfuerzo fútil de disimulo, la misma redacción hace pasar por excepción a la prohibición de crédito al gobierno, una excepción normativa que se convirtió en la regla de permiso a la emisión inorgánica de bolívares. Así la parte final del mismo ordinal, incluye una excepción que niega la prohibición de principio: “...podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, cuando objetivamente exista amenaza interna o externa a la seguridad u otro perjuicio al interés público, que calificará el Presidente o Presidenta de la República mediante Informe confidencial; o en aquellos casos en que hayan sido aprobados de forma unánime por los miembros del Directorio”. Sobre los demás controles del ejecutivo sobre el BCV ver Jose Ignacio Hernandez Gonzalez, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, No. 145-146 (2016): 107; ver también Anabella Abadi, *15 años de violaciones a la autonomía del BCV <Proceso constante, resultado fulminante>* (Caracas: Transparencia Venezuela, 2018), <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/07/Violaciones-Autonomi%C3%81a-BCV-2018-Anabella-Abadi-M.-.pdf>. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares”, consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en web: <<http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Opinion%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20d%C3%B3lares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf>>.

reservas, emitió descontroladamente de dinero inorgánico y el nombramiento de su junta directiva fue secuestrada por el presidente de la República, excluyendo todo control desde la Asamblea Nacional. Todo esto degeneró la perversa hiperinflación y la destrucción del valor externo del bolívar.

Estos incumplimientos son causa directa del mal común que vive hoy el país, de la inestabilidad y vulneración de su economía; de la dolorosa miseria, de la oprobiosa desigualdad y del enorme sufrimiento humano de la población. Todo ello representa un incumplimiento grosero de los fines constitucionales más elementales del Estado venezolano, particularmente una dejación de “la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad” y “...la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo...”¹⁷.

Todas estas situaciones ilícitas y dañinas son imputables al Estado Venezolano.

Las propias estadísticas del BCV demuestran la clara relación entre los aumentos de la liquidez monetaria, el financiamiento monetario de los déficits públicos, la hiperinflación y su correspondencia con el desplazamiento del tipo de cambio¹⁸.

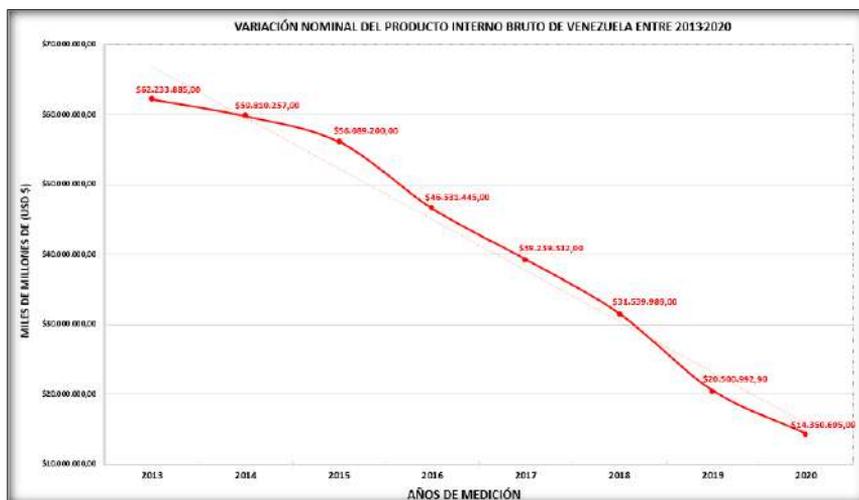
Pero hay más desafueros imputables al BCV. En ese contexto de perfidia entre los años de 2016 hasta abril de 2019 el BCV omitió la publicación tempestiva de las cifras sobre inflación y otras cuentas nacionales en el país. Cuando el BCV publicó en 2019 la información omitida reveló el fracaso de la gestión económica del sector público durante esos años concretamente el reconocimiento de la hiperinflación, el decrecimiento económico y la involución de la economía venezolana a niveles de 1948¹⁹.

¹⁷ Artículo 3 “El Estado tiene como sus fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines.”

¹⁸ Humberto García Larralde, “Lineamientos de una política cambiaria para la competitividad en Venezuela”, acceso el 01 de septiembre de 2021, https://www.academia.edu/36643330/Lineamientos_de_una_pol%C3%ADtica_cambiaria_para_la_competitividad_en_Venezuela

¹⁹ Según Humberto García Larralde “Las cifras revelan una caída de la actividad económica del 36,1% entre 2012 y 2017. De proyectarse para todo el año 2018 el comportamiento observado durante los primeros nueve meses, la contracción habrá sido del 48,1% para el período presidencial completo. Esto significa una contracción promedia en el ingreso de cada venezolano del 51,6%, situándolo en términos absolutos en un nivel ligeramente inferior al de 1950. Es la contracción más pronunciada de un país que no esté en guerra, mayor que la de Grecia en el siglo XXI, y que el de Ucrania o de Cuba en los '90”. Descifrado, “Humberto García Larralde: La catástrofe que al fin

El desastre económico continua hoy²⁰. Solo para tener una idea del tamaño de la destrucción de la economía venezolana basta con mencionar la serie estadística sobre las variaciones del producto interno bruto (PIB) entre los años 2014 hasta el primer trimestre de 2021. Estas cifras revelan el colapso macroeconómico más agudo de la historia mundial: (i) un ciclo recesivo (decrecimiento económico) de 8 años seguidos, (ii) una contracción agregada de 77% del PIB.



21

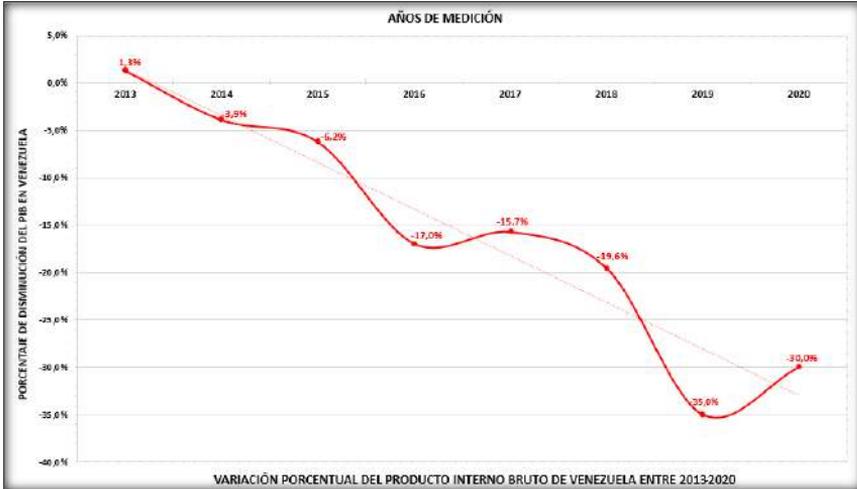
reconoce el BCV”, 28 de julio de 2019, acceso el 01 de septiembre de 2021, <https://www.descifrado.com/2019/07/28/humberto-garcia-larralde-la-catastrofe-que-al-fin-reconoce-el-bcv/>

²⁰ “...Las razones de esta tragedia están en las equivocadas políticas, derivadas del modelo político-ideológico del Socialismo del Siglo XXI y no en las sanciones económicas aplicadas por el gobierno de los Estados Unidos, como alegan quienes ejercen el gobierno. Es necesario aclarar que el año en que fueron introducidas sanciones financieras a la República y a PDVSA (2017), el Estado venezolano se vio imposibilitado de pagar su deuda internacional (default) aislándose, por su cuenta, de los mercados financieros mundiales. Asimismo, para el momento de entrar en vigencia las sanciones petroleras (21.01.2019), la producción de crudos había caído a apenas la tercera parte de la de 2013. Si bien puede

decirse que esas sanciones acentuaron ese declive –hoy se produce apenas el 16%--, es evidente que la destrucción de la capacidad productiva de la industria petrolera ya había ocurrido. Las sanciones personales, por su parte, no son contra Venezuela, si no a funcionarios imputados de haber violado derechos humanos y/o incurrido en corruptelas. Por tanto, no tienen repercusiones económicas”. Cf. Pronunciamiento de la Academia Nacional de Ciencias Económicas de fecha 9 de marzo de 2021.

²¹ Fuente: BCV

La caída interanual es de: -3.9%, -6.2%, -17.0%, -15.7%, -19.6%, -35.05%, -30.0% y -10.0%, para 2014,2015,2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021(primer trimestre), respectivamente.



22

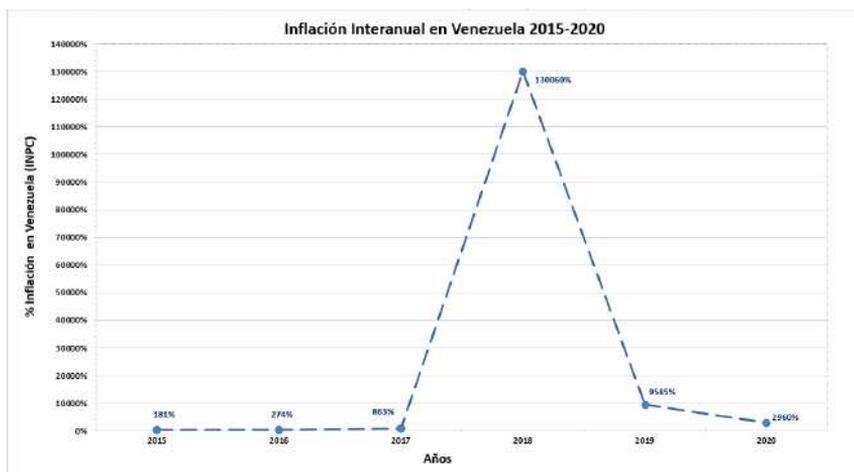
Una situación calificada como “Emergencia Humanitaria Compleja en Venezuela”²³. Quizás lo más doloroso sea 5.4 millones de habitantes desplazados o emigrados en los últimos 15 años según ANCUR (Agencia de las Naciones Unidas para refugiados)²⁴.

²² Fuente: BCV

²³ “La emergencia humanitaria en Venezuela”, Human Rights Watch, acceso el 01 de septiembre de 2021, <https://www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de#>; ver también “La situación humanitaria en Venezuela continúa deteriorándose”, Naciones Unidas Noticias ONU, acceso el 01 de septiembre de 2021, <https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991>; ver “...El país sigue sufriendo una hiperinflación, una grave escasez de alimentos y medicinas, y una grave crisis humanitaria. Esta situación ha obligado a alrededor de una sexta parte de la población a abandonar el país, con más de cinco millones de venezolanos que habrían emigrado hasta abril de 2020, según estimaciones del ACNUR2”. Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, Cuadragésimo quinto período de sesiones 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020 Tema 4 de la agenda Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo. En https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

²⁴ “Situación de Venezuela”, UNHCR ACNUR La Agencia de la ONU para los Refugiados, acceso el 01 de septiembre de 2021, <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>. “Las personas continúan saliendo de Venezuela para huir de la violencia, la inseguridad y las amenazas, así como

Por su parte la hiperinflación despuntó vertiginosamente con porcentajes interanuales escandalosos. Va desde 2014 con 68%, en 2015 180%, en 2016 274%, en 2017 862% en 2018 de 130.060%, 2019 de 9585% y 2020 de 2959%, según información del BCV e INE para 2020.



25

Como se dijo la razón principal de la hiperinflación consiste en el financiamiento directo y sin límite de las empresas y entes públicos, incluida PDVSA por el BCV. Para este fin se modificó la LBCV en 2009 con el objeto deliberado de habilitar esta práctica nociva y manifiestamente contraria a la función de un banco central cuya misión es la estabilidad de los precios y el valor de la moneda local.

La creación de dinero puede ser y frecuentemente es utilizada por los gobiernos como un instrumento recaudatorio, esto es, la inflación tiene una funcionalidad como impuesto. El privilegio monopolístico en la creación de dinero es equivalente a permitirle que establezca un impuesto sobre los activos monetarios²⁶ (exacción monetaria). Este ingreso ficticio se introduce en los circuitos económicos como un aumento de la masa monetaria en la forma de préstamos del

la falta de alimentos, medicinas y servicios esenciales. Con más de 5 millones de venezolanos y venezolanas que se encuentran viviendo en el exterior, la gran mayoría en países de América Latina y el Caribe, esta se ha convertido en una de las principales crisis de desplazamiento del mundo”.

²⁵ Fuente: BCV

²⁶ Con razón dijo John Maynard Keynes “no hay un medio más útil ni seguro para subvertir las bases actuales de a la sociedad que la corrupción de la moneda”. John Maynard Keynes *The economic consequences of the Peace*, 236, citado por Geoffrey Brennan y James Buchanan, *El poder fiscal <fundamentos analíticos>* (Madrid: Unión Editorial, 1987), 146

BCV al gobierno o a sus empresas públicas. Esto implica un gasto público clandestino que eleva el precio de los bienes y servicios presionando para un mismo nivel de oferta de estos.

Pero lo que es peor, la hiperinflación colocó al Estado en una trampa deficitaria porque redujo la recaudación impositiva real proveniente de actividades domésticas con una resistencia a la baja del gasto público (efecto Tanzi-Olivera)²⁷.

Desde 2014 la situación venía empeorando con la caída de los precios del petróleo con sensible impacto en los aportes fiscales de origen petrolero sobre el presupuesto del gobierno central. Paralelamente, la inflación fue encontrando combustible; la recesión económica hizo manifiesta la profundización de la erosión de los ingresos tributarios internos. “Con una renta de origen petrolero mermada, ingresos tributarios internos insuficientes y sin acceso al financiamiento internacional, el sector público no encontró otra fuente de financiamiento que la impresión explosiva de dinero primario”²⁸.

Concretamente en la reforma de la LBCV de 2015, el legislador delegado inoculó el veneno de la hiperinflación en el Artículo 37(2). Allí se estableció una excepción a la prohibición para el BCV de otorgar créditos directos al Gobierno Nacional o cualquier otro ente de carácter público o mixto. Sin embargo, en un esfuerzo fútil de disimulo, la misma redacción hace pasar por excepción a la prohibición de crédito al gobierno, una excepción normativa que se convirtió en la regla de permiso a la emisión inorgánica de bolívares. Así la parte final del mismo ordinal incluye una excepción que niega la prohibición de principio: “...podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas, cuando objetivamente exista amenaza interna o externa a la seguridad u otro perjuicio al interés público, que calificará el Presidente o Presidenta de la República mediante Informe confidencial; o en aquellos casos en que hayan sido aprobados de forma unánime por los miembros del Directorio”²⁹.

²⁷ Vid. Humberto García Larralde, “Lineamientos...”, 19

²⁸ Cfr. Leonardo Vera Azaf, 4 de marzo de 2021 (23:23), “¿Hacia dónde avanza el desorden monetario venezolano?”, *Academia Nacional de Ciencias Económicas*, 01 de septiembre de 2021, en <https://ancevenezuela.org.ve/hacia-donde-avanza-el-desorden-monetario-venezolano/p>. 15

²⁹ Sobre los demás controles del ejecutivo sobre el BCV ver Jose Ignacio Hernández Gonzalez, “Comentarios a la reforma de 2015 de la Ley del Banco Central de Venezuela y su defensa por la Sala Constitucional”, *Revista de Derecho Público*, No. 145-146 (2016): 107 ver también Anabella Abadi, 15 años de violaciones a la autonomía del BCV <Proceso constante, resultado fulminante> (Caracas: Transparencia Venezuela, 2018), <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/07/Violaciones-Autonomi%C3%A1a-BCV-2018-Anabella-Abadi-M.-.pdf>. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Opinión sobre el pedimento del Poder Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela para disponer, con propósitos de financiamiento del sistema

Venezuela entró en el último trimestre de 2017 en un contexto de hiperinflación ahogada por los compromisos externos, con precios e ingresos petroleros insuficientes para cubrir las necesidades de la economía nacional; sin reservas, incumplió sus compromisos financieros y aislada de los mercados internacionales de crédito (en *default*), lo que obligó a eliminar el régimen de control de cambios y sus ilícitos y a liberar el tipo de cambio a mediados de 2018³⁰.

2. La hiperdepreciación del bolívar

El bolívar no solo se desintegró en valor internamente. También perdió todo valor de conversión con otras monedas extranjeras. Esa debacle se destacó con la derogación del régimen cambiario en vigor desde el año 2003. Tuvo su causa por la exacerbación de los incontables controles sobre la economía, los embates a la libertad económica, la propiedad y la confianza de los ciudadanos.

En efecto, el régimen de cambio se desreguló y despenalizó en agosto de 2018. Tanto (i) las contrataciones en moneda extranjera como las (ii) operaciones de cambio de monedas fueron sustancialmente liberalizadas, mediante (a) el efecto derogatorio de todas las normas sancionatorias a través del “Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos”³¹ y el (b) desmontaje que hace el nuevo CC No. 1 de todos los convenios cambiarios que integraban el antiguo régimen cambiario. En su lugar, se crearon y organizaron nuevas opciones institucionales de intercambio para el comprador o vendedor del bolívar por la moneda extranjera denominado “sistema de mercado cambiario” en esencia de libre flotación.

El ajuste cambiario fue de 2.268 % solo en ese año de 2018.

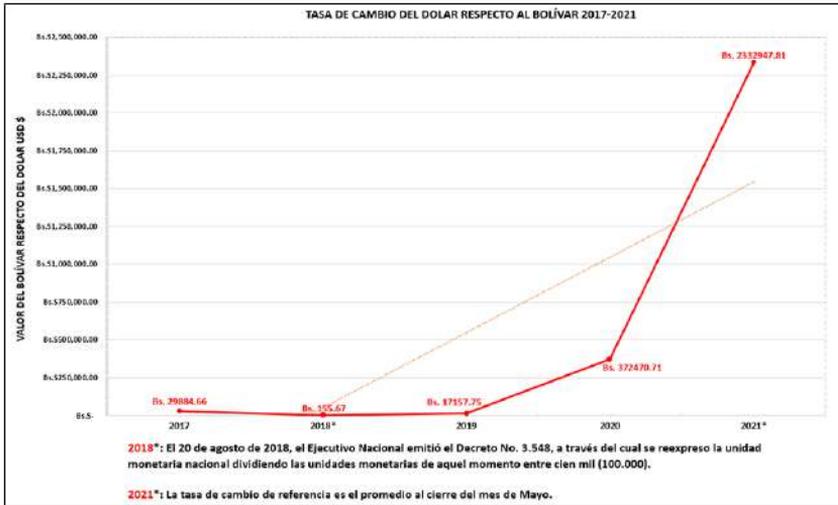
A su vez, el ritmo explosivo de la cotización del dólar socavó la confianza y pulverizó el valor externo de la moneda nacional³².

agropecuario nacional, de 1000 millones de \$ de las reservas monetarias internacionales y otras formas de financiamiento, sin la contraprestación correspondiente en bolívares”, consultado el 15 de mayo de 2018, disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Recursos/Pronunciamentos/Opinion%20de%20la%20Academia%20sobre%20el%20Pedimento%20del%20Ejecutivo%20al%20BCV%20de%201000%20millones%20de%20dólares%20de%20las%20reservas%20monetarias%20internacionales.pdf>.

³⁰ Vid., Leonardo Vera Azaf, *op.cit.*, 15

³¹ Gaceta Oficial No. 41.452 del 2 de agosto de 2018.

³² Puede consultarse el contraste de la serie sobre el producto interno bruto (PIB) constante, según precios de 1997, su variación porcentual anual, así como el producto interno bruto *per capita* desde 1950 a 2021. La fuente de información es el BCV. La serie desde 2019, son cálculos basados en la caída estimada por el FMI. En cuanto a la población, la serie es del INE hasta 2014, y de ahí fue modificada para asimilar la migración de 6 millones de venezolanos entre esa fecha y 2021



33

III. *La disfuncion del Bolívar y la dolarizacion transaccional de la economía*

1. **El concepto económico de la dolarización de la economía**

Con la hiperinflación los operadores económicos iniciaron una progresiva sustitución espontanea por la moneda extranjera como marcador de precios para transacciones en moneda local. Su causalidad atiende a una simple razón del mayor riesgo y poca rentabilidad de la moneda de curso legal atizada por la pérdida de confianza en la misma. Así devino forzosamente la pérdida de las funciones del bolívar como moneda, tanto para servir como medio de reserva de valor, hasta medio para denominar y pagar obligaciones pecuniarias.

El fenómeno económico que denota la pérdida de cualquiera de estas funciones se denomina “dolarización”³⁴.

³³ Fuente: BCV

³⁴ Sobre la dolarización transaccional de la economía venezolana, ver Pedro Palma Carrillo, *La política cambiaria en Venezuela (más de cien años de historia)* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Ediciones IESA, 2020), 365; García Larralde, Humberto, “Crítica del actual control de cambio en Venezuela”, https://www.academia.edu/10234449/Cr%C3%ADtica_del_actual_control_de_cambio_en_Venezuela; Ver sobre las posibilidades jurídicas de una dolarización formal, de derecho o propiamente dicha en Venezuela, ver, José Ignacio Hernández González, “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, *Revista de Derecho Público No. 153-154* (2018): 314.

Se trata de una situación fáctica y espontánea. El proceso de “dolarización” que enfatiza los aspectos transaccionales e implica sustitución de las funciones como *medio de pago* de la moneda de curso legal, se denomina “sustitución de monedas”. Por su parte, cuando el énfasis del proceso recae sobre la función del dinero como *reserva de valor*, se denomina “sustitución de activos”³⁵.

Esta dolarización transaccional agravó la desigual distribución del ingreso, pues alimentó la inflación para aquellos que solo tienen posibilidades de compra en bolívares. Ello desnuda la odiosa realidad del empobrecimiento de los que no tienen o generan divisas³⁶.

Desde un punto de vista de la libertad cambiaria el Convenio Cambiario No. 1 vigente permite la libre convertibilidad y contratación en moneda extranjera lo que implícitamente facilitó el desplazamiento de bolívar, primeramente, como medio para atesorar valor, complementariamente como medio para denominar las obligaciones pecuniarias y finalmente hasta para asegurar el uso de la moneda extranjera con exclusión del bolívar.

2. Consecuencias jurídicas de los daños patrimoniales por la hiperinflación y la hiperdepreciación del Bolívar

Las consecuencias de la destrucción del poder adquisitivo del bolívar son radicalmente relevantes desde un punto de vista jurídico, pues como veremos la responsabilidad por los daños de la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar son directamente imputables al mal funcionamiento del BCV.

Este ente público incumplió su deber institucional de “lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor de la moneda”³⁷. Muy por el

³⁵ Ver Alberto Gregorio Castellano Montiel, “La demanda de dinero y la sustitución de monedas y de activos en Venezuela: 1997-2008”, *Economía 34* (2012): p. 98.

³⁶ Humberto García Larralde, 22 de enero de 2021 (18:28), “Algunas implicaciones de la dolarización transaccional en Venezuela”, *crónica desde Washington*, 01 de septiembre de 2021, <http://cronicadesdewashington.blogspot.com/2021/01/humberto-garcia-larralde-algunas.html>

³⁷ Artículo 318 de la Constitución: “Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria” Artículo 5 LBCV: “El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor de la moneda”. Artículo 7: “Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones: 1. Formular y ejecutar la política monetaria; 9. Ejercer con carácter exclusivo, la facultad de emitir especies monetarias”; Artículo 21: corresponde al directorio ejercer la Suprema dirección del Banco Central de Venezuela, En particular, tendrá las siguientes atribuciones en: 2. formular y ejecutar las directrices de la política monetaria y establecer los mecanismos para su ejecución, así como realizar los ajustes que resulten de su seguimiento y evaluación. En este sentido

contrario, puso en pie una política deliberada y una práctica consistente de emisión inorgánica de bolívares para el financiamiento del gasto del poder central y sus empresas públicas.

La falencia del BCV compromete la responsabilidad patrimonial de la República en la destrucción del sistema monetario y de todos los daños causados a la economía nacional, a los ciudadanos y a su nivel de vida, a su bienestar y prosperidad *ex* artículo 2, 6 y 140 Constitucionales.

De allí la ilegitimidad de cualquier medida de corrección o ajuste de obligaciones tributarias principales o accesorias a favor de cualquier administración tributaria, vinculadas al uso de otra moneda o referencia de valor como el dólar o del llamado Petro entre la fecha de la comisión del ilícito y la de su liquidación o pago.

Se trataría de un provecho o lucro indebido a expensas del daño creado por el propio Estado, pues nadie puede beneficiarse de un ilícito propio o ajeno. Lo contrario implica el absurdo de tolerar una desigualdad adicional al daño causado por el Estado con la hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar, que se convierte en un objeto jurídicamente protegido. Algo inaceptable en el Estado Social de Derecho y de Justicia, pues la legitimidad de los fines normativos es condición de validez del ordenamiento y en particular de las normas que afectan derechos y garantías constitucionales.

En efecto, si el Estado es responsable por los daños y perjuicios causados por su actividad ilícita, con mayor razón, *a fortiori*, no puede ni debe beneficiarse, enriquecerse o lucrarse de los daños causados por su actividad sea dolosa, culpable o no. Esto aplica directamente a la Administración tributaria nacional como a cualquier otra administración pública, porque también es ilegítimo el enriquecimiento de cualquiera a partir del hecho ilícito de otro. Sobre esto volveremos más adelante. Por ahora solo avanzamos nuestra convicción sobre la ilegitimidad del ajuste de las sanciones tributarias de la hiperdepreciación del bolívar según la cotización de la moneda de mayor valor para aprovechar a la Administración Tributarias.

Particularmente dañina fue la política deliberada de opacidad del BCV de omitir la publicación tempestiva de las cifras sobre inflación en el país y otras cuentas nacionales entre los años de 2016 hasta abril de 2019. Se trató del incumplimiento de un deber de transparencia de interés general, del que depende el derecho a la información veraz y oportuna de la población para el

ejercerá las facultades atribuidas al Banco Central en materia de encajes y otros instrumentos de política monetaria.

ejercicio de otros derechos particulares, entre ellos la corrección monetaria de derechos y obligaciones pecuniarias para todo tipo de propósitos contractuales, la actualización de beneficios y derechos laborales, la tutela judicial efectiva mediante la actualización de condenas de sumas de dinero por los tribunales y por supuesto el derecho tributario a la corrección de bases imponibles, alícuotas y cuotas tributarias³⁸. Esta fue una situación vergonzosamente coonestada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia³⁹.

IV. *Illegitimidad del uso del Petro como un sucedáneo de la dolarización de las obligaciones tributarias municipales*

Por una seguidilla de sentencias de la Sala Constitucional No. 0250, 078, 118, 0161, 0273⁴⁰ en colusión con varios órganos del estado y con ciertos operadores políticos, se puso en pie una acción para desconstitucionalizar, delegalizar, desdemocratizar y centralizar autoritariamente las reglas sobre tributación municipal, al margen de las facultades armonizadoras de la Asamblea Nacional y en fraude la autonomía tributaria de los Estados y Municipios. Para este fin se justificó la aprobación inconstitucional del llamado Acuerdo Nacional de Armonización Tributaria Municipal (ANAT), suscrito por el Consejo Bolivariano de alcaldes de la República Bolivariana de Venezuela (“CBA”).

El ingrediente más nefario del ANAT consistió en “apr[obar] el uso del Petro”, al que define como criptoactivo venezolano “...para ser utilizado como unidad de cuenta para el cálculo dinámico de los tributos y sanciones, cobrando exclusivamente a partir de su equivalente en bolívares soberanos...”, indicando que se hace “...con el firme propósito de avanzar en su uso como criptoactivo para fortalecer este ecosistema”.

³⁸ Ver nuestro artículo Humberto Romero-Muci, “La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. <aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el CC No. 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre de 2019>”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia No. 13 (Homenaje al académico Prof. James-Otis Rodner S.)* (2019): x. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-385-407.pdf>.

³⁹ Ver Sentencia No. 935 de 4 de agosto de 2015 dictada en el caso *Asociación Civil Transparencia Venezuela contra el Presidente del Banco Central de Venezuela* <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/180378-00935-5815-2015-2015-0732.HTML> vid. comentarios de Allan Brewer-Carías, “El secreto y la mentira como política de Estado y el fin de la Obligación de Transparencia”, <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2015/08/114.-Brewer.-LO-SECRETO-Y-LA-MENTIRA-COMO-POL%C3%8DTICA-DE-ESTADO-Y-EL-FIN-DE-LA-OBLIGACI%C3%93N-DE-TRANSPARENCIA.pdf>

⁴⁰ Sentencias de la SC (i) N° 0250 de fecha 08 de agosto de 2019, (ii) N° 078 de fecha 07 de julio de 2020, la (iii) No. 118 de fecha 18 de agosto de 2020 y las (iv) Nos. 0161 del 20 de noviembre de 2020 y 0273 de fecha 30 de diciembre de 2020, en colusión con otros poderes del estado y operadores políticos.

El uso del Petro constituye una forma de “dolarización” por “sustitución de activos” que tiene su causa en la hiperdevaluación y la hiperdepreciación del bolívar. Sus objetivos son sustituir el bolívar y entronizar el uso indirecto de la moneda extranjera de referencia que usa el Petro, como reserva de valor para la denominación de las obligaciones tributarias y sus accesorios. Independientemente de su ilicitud, económicamente, esa sustitución asegura una medida de equilibrio entre el uso del bolívar y la protección de valor indirectamente en el dólar o alguna moneda dura.

Como hemos dicho anteriormente, el uso del Petro como unidad de cuenta o pago o como pretendido mecanismo de corrección de la obligación y sanciones tributarias viola frontalmente la (i) obligación de determinar y pagar la obligación tributaria y sus accesorios en bolívares según el artículo 146 (encabezado) del COT de 2020, la (ii) indeterminación de su valor implica una deslegalización prohibida, (a) por tratarse de una materia de estricta reserva legal tributaria, según confirman el artículo 3 *eiusdem* y ultimadamente (b) porque el Petro no es moneda ni unidad monetaria y mucho menos tiene curso legal en Venezuela.

El uso del Petro como pretendido medio de corrección monetaria de las obligaciones y accesorios tributarios municipales, es un expediente radicalmente irrazonable; es inidóneo, innecesario y desproporcionado como medio de corrección de valor; resulta un contrasentido porque desnaturaliza la obligación tributaria originalmente en bolívares para medirla en términos de esa unidad de valor (que no unidad monetaria), aunque se pague en bolívares a su contravalor.

En efecto, el valor del Petro no responde a los cambios del poder de compra del bolívar. Solo pretende medir la especie a la que se refiere implícitamente, la cual no tiene conexión ni causalidad con la unidad de medida de la obligación tributaria que pretende ajustar. Es simplemente la sustitución indirecta del bolívar por otra moneda de valor estable.

El uso del Petro implica también un provecho de una Administración Pública sobre el daño sufrido por el contribuyente por la inflación o la depreciación del bolívar, que tiene su causa directamente en el fallo del Estado y concretamente del BCV *ex turpi causa*.

En definitiva, se trata de una forma desproporcionada de agravar la situación fiscal del contribuyente sustituyéndola y sometiéndola a las vicisitudes del valor o de quien decida fijar el valor del llamado Petro. En esta pretendida corrección de valor no hay una finalidad legítima, sino un provecho sobre el daño ilícito por la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar causado por

el propio Estado, de la que no puede ni debe beneficiarse ninguna administración pública.

V. Inconstitucionalidad de la “dolarización” o del uso del Petro en el cálculo de las sanciones tributarias

Hemos señalado⁴¹ que, la “dolarización” de sanciones en el COT de 2020 así como el uso del Petro como criterio de valoración de sanciones tributarias municipales constituye una protuberante antinomia de los artículos 146 y 3 encabezado del COT 2020, que obligan a la presentación y pago del tributo y sus accesorios en bolívares, con exclusión de cualquier otra moneda y *a fortiori*, de cualquier pretendido sucedáneo monetario de cuantificación como el Petro.

Ello en sí mismo constituye una ilegalidad e inconstitucionalidad por (i) deslegalizar la moneda para denominar y pagar sanciones tributarias y (ii) contradecir el uso del bolívar como moneda de uso forzoso para denominar y pagar las obligaciones tributarias. Semejantes infracciones invalidan cualquier pretendida aplicación de sanciones medidas en dólares o en Petros.

1. Infracción de la reserva legal: Deslegalización prohibida

Efectivamente, el artículo 146 del COT 2020 señala que, los montos de la base imponible y de los créditos y débitos de carácter tributario que determinen los sujetos pasivos o la Administración Tributaria, en las declaraciones y planillas de pago de cualquier naturaleza, así como las cantidades que se determinen por concepto de tributos, accesorios o sanciones en actos administrativos o judiciales, se expresarán y pagarán en bolívares.

La redacción de este enunciado solo varió con respecto al texto del mismo artículo 146 del COT de 2014 señalando que la determinación solo se haría en “bolívares”, dejando abierto la posibilidad del pago en alguna moneda extranjera, según disposición de la Ley creadora del tributo o por disposición del Ejecutivo Nacional. Obsérvese que el uso del medio de pago se limita a una “especie monetaria”, lo que, en principio excluye al Petro por no ser una especie monetaria sino un *token* o a lo más un pretendido criptoactivo.

De otro lado, la única moneda de curso legal en Venezuela es el bolívar⁴²; corresponde exclusivamente al BCV la facultad de emitir moneda de curso legal,

⁴¹ Cfr. Humberto Romero-Muci, “La metamorfosis kaskiana de la Unidad tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias”, en *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz* (Caracas: Fundación de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2021), 29.

⁴² Artículo 106 LBCV.

prohibiendo esa acción a cualquier otra institución pública o privada⁴³. En complemento se atribuye al bolívar el poder liberatorio sin limitación alguna para el pago de obligaciones públicas y privadas, y con una redacción equívoca “... sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban un pago de impuestos, contribuciones obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago”⁴⁴.

En todo caso, la redacción del artículo 146 del COT de 2014 es objetable porque la identificación de la moneda de pago del tributo es *indelegable*, en razón que, todo lo relativo a la determinación de la obligación tributaria es materia de reserva legal, incluyendo la unidad monetaria de cuantificación y pago, según confirma el artículo 3 del mismo Código. Todas estas previsiones deben venir determinadas desde el rango legal. Semejante desafuero equivale a una deslegalización prohibida que acarrea la nulidad de la eventual decisión del Ejecutivo de utilizar un medio de pago distinto al bolívar, así como el de cualquier acto de ejecución de aquella.

Por su parte, esta nueva redacción del artículo 146 del COT 2020 establece que, tanto la *expresión* como el *pago* de la obligación tributaria será en bolívares, sin perjuicio de las *excepciones que establezca el Banco Central de Venezuela a requerimiento del Ministerio con competencia en materia de Finanzas*. Por un lado, concreta el principio del carácter pecuniario de la obligación tributaria, esto es, el bolívar está en la denominación como en la solución o pago de la obligación, pero de otro, incurre en el mismo vicio de deslegalización de la unidad monetaria de cuantificación o de pago de la obligación tributaria al establecer una regulación indeterminada sobre las pretendidas “excepciones que establezca” el BCV.

Pero hay más. En todo caso, la pretendida dolarización *ex* artículos 91 y 92⁴⁵ de 2020 (la referencia “al tipo de cambio de la moneda de mayor valor”), sin menoscabo de la indeterminación de la identidad de la moneda, confiesa el propósito de maximizar el ajuste. Por supuesto la indeterminación de la moneda es también una prueba de la deslegalización del pretendido ajuste.

⁴³Artículo 107 LBCV

⁴⁴ Artículo 116 LBCV

⁴⁵ El equivalente en la reforma de la Ley Orgánica de Aduanas: Artículo 159. “Cuando las multas establecidas en este Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley se refieran al valor en aduana de las mercancías, se convertirán al equivalente del tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor, publicado por el Banco Central de Venezuela que corresponda al momento de la comisión del ilícito, y se cancelarán en bolívares utilizando el tipo de cambio oficial que estuviere vigente en el momento del pago.

En caso de que no se pudiera determinar el momento de la comisión del ilícito, se tomará en cuenta el momento en que la Administración Aduanera tuvo conocimiento del mismo.”

Pero cuál es esa “...moneda de mayor valor publicada por el Banco Central de Venezuela...”⁴⁶. ¿Qué significa moneda de mayor valor? ¿Por qué usar la moneda de mayor valor?

El BCV informa una lista de 35 monedas extranjeras con sus respectivas cotizaciones en términos de bolívar. Estos valores varían continuamente, diariamente, en función de su precio específico en el mercado monetario internacional.

¿Mayor valor es mayor valor nominal en el cambio? ¿O mayor estabilidad en el cambio? Con sólo hacernos estas preguntas se evidencia la vaguedad del enunciado y su ilícito para constituir elemento de la base normativa de la sanción tributaria. Pareciera que “mayor valor” significa la moneda que ofrezca la equivalencia más alta al momento de la conversión. *A priori* no existe una moneda de mayor valor. Esa es una situación circunstancial que puede variar según la cotización del tipo de cambio y el mercado de cada divisa. Esto en sí mismo es prueba del propósito adicional de hacer más ventajosa la traducción de valor.

Ahora bien, ¿por qué el régimen mantiene el ajuste de la UT (en bolívares) y sin embargo dolarizó las sanciones?

Primero, porque el régimen no puede deshacerse del bolívar por razones económicas, políticas y jurídicas. Ante todo, porque como explica Leonardo Vera Azaf⁴⁷ “... eliminar el bolívar no es opción para el gobierno [...], pues la miseria se [...] reparte en salarios y pensiones, a 7 millones y medio de empleados públicos y pensionados, sólo puede hacerse en bolívares (que es lo que produce). El pago en petros es una opción que sólo tiene viabilidad mientras haya convertibilidad con el bolívar, pues con el dólar resultó en un pronosticado fracaso”. A ello se añade la rigidez constitucional y legal que obliga a utilizar el bolívar como unidad de cuenta y presentación obligatoria de la información económica⁴⁸.

Segundo, porque con esta ambigüedad el régimen puede (i) manejar a su antojo el valor de la UT, subestimándola a conveniencia, con el fin de aumentar la presión fiscal a discreción, (ii) garantizarse un poder adquisitivo “actualizado”

⁴⁶ <http://www.bcv.org.ve/estadisticas/otras-monedas>. Contiene una lista de 35 monedas.

⁴⁷ Cfr. Leonardo Vera Azaf, 4 de marzo de 2021 (23:23), “¿Hacia dónde avanza el desorden monetario venezolano?”, *Academia Nacional de Ciencias Económicas*, 01 de septiembre de 2021, <https://ance-venezuela.org.ve/hacia-donde-avanza-el-desorden-monetario-venezolano/>

⁴⁸ Artículo 129 de la LBCV: “En la contabilidad de las oficinas, públicas o privadas y en los libros cuyo empleo es obligatorio, de acuerdo con el código de Comercio, los valores se expresarán en bolívares. No obstante, pueden asentarse operaciones de intercambio internacional contratadas en monedas extranjeras, cuya mención puede hacerse, aunque llevando a la contabilidad del respectivo contravalor en bolívares. Igualmente, pueden llevarse libros auxiliares para la misma clase de operaciones, con indicaciones y asientos en moneda extranjeras”

para un ingreso por las sanciones vinculado al valor de una divisa estable, a la par que (iii) mantiene una política de intimidación y control social sobre los contribuyentes, en el contexto de una gestión recaudatoria sin debido proceso.

2. Desnaturalización de la obligación tributaria

Pero adicionalmente la dolarización y el uso del Petro implican una desnaturalización de la obligación tributaria, en bolívares, porque económicamente la sustituye o transforma en esa otra especie monetaria extranjera que se utiliza como factor de corrección, independientemente de que se pague en bolívares.

La sola medición de la obligación pecuniaria en dólares o en Petros sea por concepto de impuesto o por cualquier accesorio de la obligación tributaria, hace de la sanción una obligación de valor en dólares o en Petros, prohibida por el artículo 146 del COT. Expone al contribuyente a las vicisitudes y riesgos del dólar o del Petro cuando la obligación tributaria es imperativamente en bolívares. Su objetivo, como en toda dolarización por sustitución de activos, consiste en evitar el riesgo cambiario del bolívar. En este caso desplazar deslealmente el riesgo cambiario al contribuyente.

Esto, aparte de prohibido, es discriminatorio con el resto de las mediciones de los elementos de la obligación tributaria que deben determinarse en bolívares y no en otra especie monetaria o pseudo monetaria. La dolarización de las multas persigue un fin ilegítimo y particularmente inmoral.

La dolarización de las multas es la única circunstancia de medición en moneda extranjera en el contexto del sistema tributario. Su aplicación sin la corrección de los demás elementos de la estructura de los tributos o de la relación tributaria, hace evidente el trato desigual y el despropósito de tomar ventaja del contribuyente.

Adicionalmente, la medición de la sanción se hace depender de una cotización incierta de la especie de que se trate a la fecha de su pago. No se trata de un medio de valor determinable y objetivo, sino de un criterio incierto en el caso de la dolarización y arbitrario en el caso del Petro. En el primer caso la medición depende de "...el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV..." y en el segundo, el valor depende del que la Superintendencia Nacional de Criptoactivos (SUNACRIP) asigne al Petro.

3. **Inconstitucionalidad por infracción de los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley**

En ambos casos, la dolarización de las multas, incluido el uso de Petro, son mediciones inidóneas contrarias a la previsibilidad y certeza de la sanción penal. Son paradigmas de la deslegalización y subjetividad del aplicador. Infringen los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley

Al igual que el ajuste de las sanciones al valor de la UT a la fecha del pago, en el supuesto negado que fuera válido el ajuste por la dolarización de las sanciones o por un sucedáneo como el Petro, cualquier ajuste posterior a la fecha de la comisión del ilícito desvirtúa la actualización de la sanción, implica la aplicación retroactiva de un valor que no representaba el valor real del dólar o del Petro al momento de la infracción y la convierte en un mecanismo reñido con el mismo propósito sancionatorio (sea represivo o disuasivo) de la multa, aparte de un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva como evidenciaremos más adelante.

En su caso, lo que, *ex hipótesis* podría ajustarse es el valor original de la sanción expresada en dólares al momento de la comisión del ilícito. Esta es la única circunstancia en la que se conoce y puede determinarse con certeza el valor de la sanción y por lo tanto sus consecuencias previsibles. El conocimiento previo se reduce al contenido *in obligationem* de la obligación pecuniaria por la multa, no al conteniendo material *in solutionem* de la misma, pues su conocimiento previo a la comisión del ilícito fiscal imposible⁴⁹. Es contrario a la legalidad penal, ajustar la sanción sea al momento del pago voluntario o previa determinación de la Administración, pues se trata de momentos *ex post facto* desconocidos en el tiempo. Un ajuste en estas circunstancias constituye una situación incierta que implica una corrección indeterminada.

En nuestra opinión no es aceptable el pretexto de la finalidad disuasiva de la multa indeterminada para justificar la corrección de su valor a la fecha de su pago. Esa explicación solo encubre el despropósito de la aplicación arbitraria de la misma.

Que la finalidad de la pena pueda ser preventiva o disuasiva, no justifica ni se asegura con la incerteza o la indeterminación de su valor. La creación de una multa de cuantía incierta por indeterminada es un sinsentido que, la

⁴⁹ Cfr. Carlos Weffe, "Inflación y derecho penal tributario <las sanciones tributarias como obligaciones de valor>", *Revista de Derecho Tributario* No. 150 (2016): 32.

desnaturaliza inconstitucionalmente y la convierte en un medio arbitrario que depende de la voluntad del aplicador, esto es, *lex incerta*⁵⁰.

Al igual que el ajuste de las sanciones al valor de la UT a la fecha del pago, la dolarización de las sanciones o su pago en Petros, constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, ya que (i) inhiben a los contribuyentes a recurrir el acto administrativo por temor a la mayor onerosidad que pueda repercutir sobre la deuda tributaria, la incertidumbre de las resultas del pleito y el prolongado transcurso del tiempo hasta la decisión final y se (ii) traduce en el despropósito de pretender perpetuar la ineficiencia de la Administración Tributaria en la recaudación de los tributos.

4. Inconstitucional pretensión de provecho de daños por hecho ilícito

Como hemos dicho, es ilegítimo que alguna administración pública pueda beneficiarse de su propio acto ilícito o del ilícito y los daños causados por el Estado a los ciudadanos (*Ex turpi causa*).

Pretender un ajuste de la sanción tributaria según el valor del dólar o del llamado Petro a la fecha del pago constituye un aprovechamiento ilegítimo del acreedor tributario sobre el daño antijurídico imputable directamente al funcionamiento ilegal del BCV, al ser causa eficiente, directa y absoluta de la hiperinflación y de la hiperdepreciación del bolívar.

La pretendida dolarización de las sanciones tributarias constituye una intención de provecho por causa ilícita de la Administración Pública que debe y puede ser rechazado por el afectado por vía de excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, en caso de fiscalización y consecuente liquidación de alguna presunta infracción cifrada en “dólares” o su eufemística enunciación como “...el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV...”.

Ahora bien, la prohibición de aprovechamiento de un ilícito tiene su propia racionalidad. Así como el ciudadano tiene derecho y acción para exigir indemnización por los daños causados por la prestación de la actividad administrativa *ex* artículo 140 Constitucional, con mayor razón, *a fortiori*, tiene derecho a oponerse y excepcionarse de cualquier pretendido provecho, compensación o lucro de alguna administración pública que tenga fundamento en un hecho ilícito imputable al Estado, como una pretensión ilegítima *ex turpi*

⁵⁰ Cfr. Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (Madrid: Civitas, 1997), 141.

causa, tal como es el caso de los daños al poder adquisitivo del bolívar causado a la población por la hiperinflación o la hiperdepreciación del bolívar.

Ya hemos demostrado que la pérdida de poder adquisitivo por hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar es un daño directa e inmediatamente imputable al funcionamiento ilegal e inconstitucional del BCV.

Ante esta situación, en cada caso que se reclame a algún contribuyente una infracción a la legalidad tributaria y pretenda determinarse el ajuste dolarizado de la sanción, la Administración tributaria estaría individualizando un aprovechamiento injusto del daño monetario. Si bien todos nos perjudicamos por la hiperinflación e hiperdepreciación del bolívar imputable a la acción ilícita del BCV, es inaceptable pretender lucrarse o aprovecharse individualmente del deudor de la sanción pecuniaria, reclamándole la pérdida de valor de la moneda envilecida por el propio Estado, esto es, aparte de infligir el daño general (la pérdida del poder adquisitivo del bolívar), beneficiarse también del mismo daño (el ajuste del poder adquisitivo del bolívar) en situaciones particulares. El contribuyente no tiene deber de soportar el daño antijurídico individualizable.

El aprovechamiento injusto evaluable económicamente será la medida de la depreciación del bolívar frente a la moneda de mayor valor que pretenda aplicarse para ajustar la multa entre la fecha de la comisión de la infracción y su liquidación o pago.

Ese aprovechamiento injusto compromete claramente los derechos fundamentales de propiedad, igualdad, tutela judicial efectiva y razonabilidad de la Ley.

Ese importe representa el daño antijurídico y efectivo al poder adquisitivo de bolívar cuyo resarcimiento se pretende ilícitamente.

Ahora bien, solo si verifica efectivamente el ingreso de la sanción ajustada según el valor de la UT, del dólar o del llamado Petro a la fecha del pago, semejante ingreso constituiría un supuesto de “enriquecimiento injusto o sin causa lícita” a favor de la Hacienda Pública. En este caso particular, el enriquecimiento injusto tiene causa en el daño antijurídico individualizado por la depreciación del bolívar directamente imputable al funcionamiento inconstitucional e ilegal del BCV y responsabilidad del Estado.

Así las cosas, el ciudadano contribuyente tiene derecho y acción para reclamar la *devolución* de lo ingresado inconstitucionalmente *ex* artículo 67 del COT de 2021 y acumular una pretensión indemnizatoria o de condena para reintegrar los mayores daños que implique el pago indebido o el enriquecimiento

injusto⁵¹, que en hiperinflación excede con creces la tasa activa promedio incrementada en 1.2 veces. Todo ello para producir un pleno restablecimiento de la situación jurídica lesionada como acoge nuestro ordenamiento en el artículo 140 Constitucional, no solo para asegurar una reparación integral, sino evitar el desequilibrio patrimonial entre las partes de la relación jurídico-tributaria⁵².

5. Otras lesiones constitucionales por la dolarización de las sanciones tributarias

Cifrar las multas según el tipo de cambio vigente de la moneda de mayor valor al momento del pago o en función de un pretendido sucedáneo monetario como el Petro, también implica una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵³.

Ese pretendido ajuste supone un bloqueo ilegítimo al acceso a la justicia por la desproporción causada por la mayor onerosidad que puede significar el ejercicio de su derecho de impugnación frente al reclamo administrativo y la pendencia del proceso y el efecto inhibitorio que semejante amenaza económica implica (el ajuste permanente de la tasa de cambio de la divisa utilizada como medio de corrección hasta el momento incierto del pago) frente a la incerteza de las resultas y la prolongación del lance judicial. Tal situación, en la práctica, constituye un subterfugio legal para enervar parcialmente la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva y que puede obligar a los contribuyentes a allanarse al viciado reclamo fiscal. Esto es lo que en otras jurisdicciones del derecho comparado se identifica como el “efecto congelamiento” (*chilling effect*) en el ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos, como aquellas prácticas violatorias del principio constitucional de proporcionalidad⁵⁴.

⁵¹ Ver sentencia del Tribunal Primero Contencioso Tributario de fecha 4 de diciembre de 2003, caso *Sociedad de Fabricación y Venta de Automóviles, S.A. (SOFAVEN) vs. SENIAT* “además de acogerse al criterio del legislador tributario respecto al *quantum* indemnizatorio, resulta plenamente compatible con los principios generales del Derecho y también derechos constitucionales categóricamente formalizados (en los artículos 2, 26, 30, 49, 115, 140, 257 y 259) de tutela judicial efectiva, responsabilidad del Estado y reparación justa e integral de los daños imputables al Estado, a los cuales se suman los principios del Código Civil (art. 1178), de donde es claro que el daño (y el enriquecimiento injusto) ocurre desde el momento mismo del pago indebido, daño que puede ser resarcido por medio de intereses moratorios”. Consultada en original, p. 53

⁵² Sobre la posibilidad de la acumulación de una pretensión de devolución y una indemnizatoria, Cfr. Fernando Casana Merino, *La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de actos tributarios* (Granada: Comares, 2016), 11.

⁵³ Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁵⁴ *Vid.*, Markus, Gonzalez Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 45.

En definitiva, los mandatos consagrados en artículo 91 y 92 del COT de 2020, así como, los criterios sobre el ajuste de sanciones tributarias por la UT mantenidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia⁵⁵ (aplicables a la dolarización de las sanciones tributarias), constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, ya que inhiben a los contribuyentes a recurrir el acto administrativo por temor a la mayor onerosidad que pueda repercutir sobre la deuda tributaria, la incertidumbre de los resultados del pleito y el prolongado transcurso del tiempo hasta la decisión final.

Finalmente, el absurdo que plantea la dolarización de las sanciones según el tipo de cambio de otra moneda o el uso de llamado Petro, también se traduce en el despropósito de pretender perpetuar la ineficiencia de la Administración Tributaria en la recaudación de los tributos a través de un sistema que garantiza una automática y desproporcionada “indemnización”⁵⁶, premiándosela por su desidia en total contradicción con los derechos y garantías de los ciudadanos, consagrados en la Constitución y en la Ley.

VI. Conclusiones

- i. Es inconstitucional e ilegal la dolarización de las sanciones tributarias, sea el uso del (i) “... tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el BCV...” o (ii) el Petro vigente a la fecha del pago para dimensionar las multas expresadas normativamente en términos de dicha unidad de valor y no según la vigente a la fecha de la comisión del ilícito.
- ii. La “dolarización” de sanciones en el COT de 2020 constituye una protuberante antinomia de los artículos 146 y 3 encabezado del COT 2020, que obligan a la presentación y pago del tributo y sus accesorios en bolívares, con exclusión de cualquier otra moneda y *a fortiori*, de cualquier pretendido sucedáneo monetario de cuantificación como el Petro
- iii. Ello en sí mismo constituye una ilegalidad e inconstitucionalidad por (i) deslegalizar la moneda para denominar y pagar sanciones tributarias y (ii) contradecir el uso del bolívar como moneda de uso forzoso para denominar y pagar las obligaciones tributarias.

⁵⁵ Ver Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 4 de junio de 2014, con ponencia del Magistrado Emilio Ramos González, caso *Tanayo & CIA., S.A. vs. República de Venezuela (Fisco Nacional)*, publicada en Gaceta Oficial No. 40.468 de fecha 5 de agosto de 2014, consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/165176-00815-4614-2014-2012-1813.HTML>. Ver Humberto Romero-Muci, *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria*, Serie Estudios No. 111 (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015), 89; también *Cfr.* Humberto Romero-Muci, “La metamorfosis...”, 29.

⁵⁶ *Vid.* José Andrés Octavio Leal, “El ajuste por inflación de las sanciones pecuniarias en el Código Orgánico Tributario de 2001”, *Revista de Derecho Tributario No. 115* (2007): 68.

- iv. La indeterminación de la moneda de mayor valor, así como el valor mismo de la unidad de cuantificación a la fecha del pago de la sanción, constituye una infracción de los principios de taxatividad penal, la prohibición de retroactividad normativa y de razonabilidad de la Ley.
- v. Con la dolarización de las sanciones tributarias implica un provecho o lucro indebido a expensas del daño creado por el propio Estado por la hiperinflación y la hiperdepreciación del bolívar, pues nadie puede beneficiarse de un ilícito propio o ajeno (*Ex turpi causa*).
- vi. Constituyen un obstáculo para el acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva, ya que inhiben a los contribuyentes a recurrir el acto administrativo por temor a la mayor onerosidad que pueda repercutir sobre la deuda tributaria, la incertidumbre de las resultas del pleito y el prolongado transcurso del tiempo hasta la decisión final.

También se traduce en el despropósito de pretender perpetuar la ineficiencia de la Administración Tributaria en la recaudación de los tributos a través de un mecanismo que garantiza una automática y desproporcionada “indemnización” premiándosela por su desidia.

El bloque de constitucionalidad y su tratamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Gabriel Sira Santana*

pp. 325-340

Recibido: 01 oct 2021

Aceptado: 13 dic 2021

Sumario

I. Un breve y necesario repaso sobre el concepto que nos ocupa | II. El bloque de constitucionalidad en los fallos de la SC/TSJ | 1. La conformación del bloque de constitucionalidad | 2. La invocación del bloque de constitucionalidad | III. A modo de reflexión final

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

El bloque de constitucionalidad y su tratamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Resumen: La colaboración consiste en una primera aproximación al tema del bloque de la constitucionalidad y su definición por parte del foro iberoamericano, para luego reseñar los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia publicados durante el período 2000-2019 que trajeron a colación el término y se pronunciaron sobre su conformación y relevancia.

Palabras Claves: Bloque de la constitucionalidad | Constitución | Jurisprudencia.

The constitutionality block and its treatment by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice

Abstract: This paper offers a first approach to the issue of the constitutionality block and its definition by the Ibero-American forum, reviewing later the rulings of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice published during 2000-2019 that brought up the term and pronounced about its conformation and relevance.

Key Words: Block of constitutionality | Constitution | Jurisprudence.

I. Un breve y necesario repaso sobre el concepto que nos ocupa

El bloque de constitucionalidad, tal como apunta Rubio Llorente, es una expresión que “se ha incorporado a nuestra lengua y es hoy de uso frecuente en el discurso jurídico y político”, no obstante dista de una conceptualización precisa al no haber “elementos que permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido de tal ‘bloque’ ni cuál el elemento o rasgo que lo constituye como tal”, de lo que deviene, en parte, que la frase se emplee para aludir a diferentes realidades en diferentes latitudes¹.

Así, por ejemplo, Nikken ha destacado que “[e]n Francia, el ‘bloque de constitucionalidad’ abarca la diversidad de elementos que sirven como fundamento a la existencia jurídica de las diferentes categorías de actos y de autoridades”², mientras que en España el término se vincula con la relación entre el Estado y las comunidades autónomas³. En todo caso, continúa la autora, el bloque estaría ligado a la concepción material de la Constitución entendida como “el conjunto de normas de creación de las normas esenciales del Estado, así de determinación de sus órganos y sus atribuciones” que depende en gran medida de la labor interpretativa del juez constitucional, en contraposición a su concepto formal que se refiere es al “conjunto de normas así calificadas por el ‘poder constituyente’”⁴.

En América Latina, en tanto, la aproximación a nuestro objeto de estudio se acerca más a la visión francesa pues, como sostiene Nogueira Alcalá en Chile, “el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales” que, por “decisión del constituyente”⁵, “sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de

¹ Francisco Rubio Llorente, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27 (1989): 9, <https://bit.ly/3ivR8BL>

² Estos elementos son, de acuerdo con la misma autora, la Constitución y “otras normas de valor constitucional, esclarecidas por el Consejo constitucional, que son las normas de referencia utilizadas por él al ejercer el control de constitucionalidad”, tales como el preámbulo de la Constitución de 1958 y de 1946, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y los principios y objetivos de valor constitucional.

³ Claudia Nikken, “Constitución y ‘bloque de la constitucionalidad’”, en *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Ed. por Allan Brewer-Carías y José Antonio Muci Borjas (Caracas: EJV, 2006), 71.

⁴ *Ibíd.*, p. 69.

⁵ El autor destaca que es este quien determina que ciertas normas de origen nacional o internacional compartan la jerarquía constitucional como manifestación de la soberanía y el hecho de ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico.

ella misma”, a fin de servir de “parámetro para realizar el control de constitucionalidad” y “supera[r] la concepción formal de la Constitución”⁶.

Igual postura exterioriza Vargas Lima en Bolivia al afirmar que el bloque son “aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandato de la propia Constitución, se integran a ella con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad”, con el agregado que en el caso boliviano estos elementos son enunciados en el parágrafo II del artículo 410 de su Constitución Política cuando reza que “el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”⁷.

Finalmente en nuestro paseo por el derecho comparado, Rodríguez expone que en México el bloque de constitucionalidad deriva del dejar “a un lado la prevalencia normativa del texto constitucional *per se*, privilegiándose por encima de cualquier aspecto a los Derechos Humanos”, lo que lleva, con base en los principios *pro homine* y de interpretación conforme, a que en definitiva “la supremacía constitucional está conformada por un bloque, integrado por la Constitución y Tratados Internacionales”⁸.

Ahora bien, ¿coincidirán los autores venezolanos con el enfoque latinoamericano reseñado?

Al respecto podemos responder que con el arribo de la Constitución de 1999⁹ autores como Carrillo Artilles y Baroni Uzcátegui acudieron a la expresión “bloque constitucional” para referirse al Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República como un conjunto a ser considerado por

⁶ Humberto Nogueira Alcalá, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, N° 2 (1997): 32, <https://bit.ly/3CqNBMS>

⁷ Alan E. Vargas Lima, “La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, N° 8 (2017): 457, <https://bit.ly/2VHozZi>

⁸ Marcos del Rosario Rodríguez, “El bloque de constitucionalidad en el Estado constitucional de Derecho”, en *La justicia constitucional en el Estado social de Derecho*, Coord. Gonzalo Pérez Salazar (Caracas: FUNEDA y UMA, 2012), 212-213.

⁹ Dejamos constancia que a los efectos de estas líneas no entraremos en la discusión doctrinal sobre la vigencia (o no) del texto constitucional con ocasión de las diferencias que existen entre el texto sometido a referendo y los que fueron publicados posteriormente en gaceta oficial, así como la invalidez del propio proceso constituyente. Véase al respecto Francisco Delgado, *La reconstrucción del derecho venezolano* (Caracas: Editorial Galipán, 2012), 29-31, y Claudia Nikken, “Sobre la invalidez de una Constitución”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. I, Coord. Alfredo Arismendi y Jesús Caballero Oriz (Madrid: Editorial Civitas y UCV, 2003), 205-218.

los operadores de justicia¹⁰, en tanto Fernández Toro optó por una concepción un tanto más genérica del asunto al mencionar que el bloque en cuestión “son [las] normas de rango constitucional aplicables en Venezuela”, y que no se limitan al texto constitucional pues también se incluyen disposiciones del derecho internacional como serían los tratados referidos a los derechos humanos¹¹.

Es en consonancia con este último razonamiento que autores como Lejarza han destacado que el bloque objeto de estudio “constituye el parámetro de constitucionalidad para determinar la legitimidad constitucional, de cualquier acto ejercido por los órganos del Poder Público” e incorpora –a título enunciativo– (i) “[l]as disposiciones constitucionales, establecidas como preceptos o normas, los principios y valores que allí se encuentran consagrados, así como las disposiciones del Preámbulo de la Constitución” –lo que coincidiría con la aproximación francesa, según vimos– y (ii) “los Tratados y Convenios Internacionales en materia de derechos humanos, así como los derechos humanos inherentes que no se encuentren expresamente establecidos”¹², lo que diferiría de la concepción francesa pero se compaginaría con la latinoamericana ya mencionada.

En todo caso, a los elementos anteriores Canova González agrega las decisiones de la jurisdicción constitucional por medio de las cuales ella “funge de intérprete supremo de la Constitución y, en consecuencia, precisa o concretiza (...) el contenido de las disposiciones constitucionales”, dado que “[e]n esa operación de concretización la jurisdicción constitucional dicta normas subconstitucionales (...) que inmediatamente pasan a incardinarse o a formar parte del bloque constitucional, con la misma fuerza vinculante de las disposiciones supremas”¹³.

¹⁰ Véase Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por la vigencia de los interregnos temporales”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3 (2000): 89 y Ricardo Baroni Uzcátegui, “El decreto sobre el régimen transitorio de remuneraciones de los más altos funcionarios de los estados y de los municipios o de la transitoriedad definitiva”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 4 (2001): 54. Sobre el régimen de transición mencionado véase en general Ricardo Antela Garrido, “La transición constitucional (o cómo la Asamblea Nacional Constituyente se transformó en un poder suprapopular)”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2 (2000), 19-45.

¹¹ Julio César Fernández Toro, “Las reformas político institucionales en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3 (2000): 113.

¹² Jacqueline Lejarza, “El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (1999): 199 y 201.

¹³ Antonio Canova González, “Un mal comienzo... (Una crítica a las sentencias de la Sala Constitucional de fechas 20 y 21 de enero y 2 de febrero de 2000)”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2 (2000): 371. Nótese que una acumulación similar –y más amplia– plantea Nikken, *Constitución y bloque...*, ob. cit., 73-86, al prever como elementos integrantes del bloque a la Constitución positiva, los principios constitucionales, la jurisprudencia constitucional, el régimen de transición, los tratados internacionales referidos a órganos multiestatales y los tratados, instrumentos internacionales y jurisprudencia referida a los derechos inherentes a la persona.

De este modo, el foro venezolano pareciera ser conteste con la idea de equiparar –al menos dentro de nuestras fronteras, pues como vimos el concepto presenta variaciones según el país del que se trate– la expresión bloque de constitucionalidad con la noción de la Constitución material¹⁴ en el sentido que, como sintetiza Badell Madrid, dicho bloque estaría conformado por “todos los valores o principios establecidos incluso fuera del texto constitucional y que se convierten en parámetro de control, no solo de las normas que se dictan para desarrollar la Constitución, sino también de la labor del juez”¹⁵.

En otras palabras, de acuerdo con los postulados del foro aquí citados y en ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un artículo como el visto en la Constitución boliviana¹⁶, cuando hablamos de “bloque de constitucionalidad” en Venezuela estaríamos haciendo referencia a las normas, principios y valores con rango y fuerza constitucional, previstos tanto en la Carta Magna como fuera de esta y que aluden principalmente a los derechos del hombre y la salvaguarda de su dignidad, que, al compartir junto con la Constitución formal el carácter de

¹⁴ Véase como muestra adicional Eduardo Meier García, “La jurisdicción constitucional venezolana como instrumento de control ilegítimo de la libertad de información: El caso ‘Globovisión’”, *Revista de Derecho Público*, N° 122 (2010): 34, cuando sostiene que “el constitucionalismo parece imponer una Constitución material de los Estados y más allá de éstos, que supone un cuestionamiento a la idea ya clásica de supremacía constitucional y da una creciente ‘visibilidad a los derechos fundamentales’ y a ‘un marco constitucional múltiple y dialéctico’ dominado por un bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales formado por la Constitución, por la jurisprudencia constitucional y por un estándar mínimo (...) conformado por los textos convencionales y la jurisprudencia internacional sobre la materia”.

¹⁵ Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020), 127. El autor agrega que “un límite comprendido dentro del respeto al bloque de constitucionalidad, es el respeto del denominado *corpus iuris* de los derechos humanos, es decir, el bloque de convencionalidad, (...) conforme al cual los jueces constitucionales no solo deben velar por el cumplimiento de las normas de derecho interno, sino además, tienen la obligación de verificar –en el ordenamiento jurídico interno– el efectivo cumplimiento de las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos”, para más adelante sumar al bloque –en concordancia con las posiciones citadas *supra*– los antecedentes constitucionales y el proceso de formación de la Constitución.

¹⁶ A lo sumo podríamos traer a colación el artículo 23 de la Constitución de 1999 que, si bien no alude directamente al bloque objeto de estudio, expone que “[l]os tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. Sobre la vinculación de este artículo con el bloque de constitucionalidad revéase Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, N° 131 (2012): 44-47, si bien no se ignora que autores como PEÑA SOLÍS han destacado que estos tratados “[t]ampoco pueden llegar a formar parte del ‘bloque de la constitucionalidad’, como han sostenido algunos autores venezolanos (...), e inclusive la propia Sala Constitucional (...), recurriendo a la indebida extrapolación de una figura peculiar del constitucionalismo francés y del español”. Véase José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, v. I (Caracas: CIDEP, 2021), 315.

“norma suprema” y “fundamento del ordenamiento jurídico”, todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público estarían obligados a obedecer a tenor del artículo 7 constitucional¹⁷, visto que, en definitiva, “la constitución ya no es la única fuente del derecho constitucional en los Estados que se han dotado de una constitución formal, escrita y rígida”¹⁸.

Hecho este repaso doctrinal podemos preguntarnos: ¿son los llamados al bloque de constitucionalidad realizados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ) conformes con las aproximaciones expuestas *supra*? A la respuesta de esta interrogante dedicaremos el resto de este estudio.

II. El bloque de constitucionalidad en los fallos de la SC/TSJ

Sí, como señala Nikken, el bloque de constitucionalidad “es producto de la interpretación constitucional o, lo que viene a ser lo mismo, una de las funciones de la interpretación (auténtica) de la constitución es la construcción del bloque de la constitucionalidad, la definición de la constitución”¹⁹, no cabe duda de la importancia que las decisiones del juez constitucional tienen para el tema que nos ocupa tanto dentro como fuera de nuestras fronteras²⁰.

Por este motivo, determinaremos a continuación cuál es el tratamiento que la SC/TSJ ha dado al bloque de constitucionalidad, precisando como nota metodológica que esta investigación partió de la información disponible en el sitio web del Poder Judicial (<http://www.tsj.gob.ve>)²¹ al ubicar en el texto de los

¹⁷ Así lo comparte, por ejemplo, Alberto Blanco-Urbe Quintero, “La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el retiro de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la ética y del derecho”, *Revista de Derecho Público*, N° 129 (2012): 15, al catalogar al bloque de constitucionalidad como “*de obligatorio e indefectible cumplimiento para el poder constituido*”.

¹⁸ Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución* (Caracas: CIDEP y EJV, 2018), 78.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 142. La autora destaca que “esa función consiste en: A) determinar las normas escritas y no escritas que tienen valor constitucional; B) incorporar las normas pertinentes de derecho internacional al ordenamiento constitucional y; C) definir los ámbitos de rigidez y flexibilidad del ordenamiento constitucional”.

²⁰ Véase como muestra el estudio que, para el caso colombiano, se formula en Haideer Miranda Bonilla, “El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales”, en *Respuestas del Derecho Procesal Constitucional a los desafíos de hoy. VII Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional*, coord. Gonzalo Federico Pérez Salazar, Luis Petit Guerra y María Auxiliadora Gutiérrez (Caracas: CIDEP y UMA, 2021), 228-231.

²¹ Téngase presente que todos los fallos citados en esta colaboración se consultaron el 09-08-2021.

fallos de la Sala dictados durante el período 2000-2019, la frase “bloque de constitucionalidad” y “bloque de la constitucionalidad”²².

De seguida, el listado con las decisiones que presentaban los términos de referencia fue examinado para determinar si estos se encontraban en la parte narrativa, motiva o dispositiva del fallo –interesando a los efectos de este artículo únicamente los dos últimos casos²³– y si se trataba de una mención incidental o, más bien, podía considerarse un razonamiento de la Sala que dejaba entrever su criterio respecto al bloque en cuestión. Estas decisiones son las que se seleccionaron y comentaremos de seguida.

1. La conformación del bloque de constitucionalidad

La SC/TSJ ha aseverado que nuestro objeto de estudio está conformado por “las normas o textos que la propia Sala entienda que forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad”²⁴, por una parte, y, por la otra, que todas “las normas deben ser analizadas a la luz de todo el bloque de la constitucionalidad”²⁵, denotándose *ab initio* la relevancia que –al menos en la práctica– posee la Sala para determinar cuál es la Constitución material de Venezuela.

Así, en aplicación de estos criterios la Sala ha indicado que normas “de rango legal (...) no pertenecen al bloque de la constitucionalidad”²⁶ –aun cuando previamente y sin mayor explicación incluyó en este bloque a las “normas también de rango legal que cumplen una función constitucional”²⁷–, mientras que sí serían parte del bloque las normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente del año 2000²⁸ o una enmienda constitucional que, para que “pase a

²² Nótese que si bien la gran mayoría de los fallos de la SC/TSJ pueden consultarse a través de este sitio web, hay decisiones cuyo texto no se encuentra en línea y, por ende, se desconoce si incluyen los términos empleados como parámetro de búsqueda. Es el caso, por ejemplo, de los fallos N° 50, 212, 484 y 896 del año 2000.

²³ Por esta razón tampoco se incluyeron votos salvados, aun cuando destacamos el de Pedro Rafael Rondón Haaz en el fallo N° 1265 del 05-08-2008 (caso: Ziomara Lucena) donde asienta que “las normas de protección a los derechos humanos forman parte del denominado ‘bloque de la constitucionalidad’ en alusión a las normas dispersas que, en su conjunto, deben integrarse al Texto Magno”.

²⁴ Fallo N° 1 del 08-01-2013 (caso: Otoniel Pautt).

²⁵ Fallo N° 780 del 08-05-2008 (caso: PPT y otro).

²⁶ Fallo N° 787 del 08-05-2008 (caso: INTI). Reiterado en N° 1503 del 09-11-2009 (caso: Nancy Acosta y otro), N° 19 del 05-03-2010 (caso: Federación Internacional de Capellanes y Derechos Humanos), N° 22 del 23-02-2017 (caso: Federación Nacional de Jubilados y Pensionados del INOS) y N° 730 del 04-10-2017 (caso: Omar Ávila).

²⁷ Fallo N° 278 del 19-02-2002 (caso: Beatriz Contasti).

²⁸ Fallo N° 2588 del 11-12-2001 (caso: Yrene Martínez). Reiterado en N° 2476 del 15-10-2002 (caso: Leany Araujo), N° 1010 del 02-05-2003 (caso: Industrias Metalúrgicas Ofanto), N° 2227 del 15-08-2003 (caso: Yleni Durán y otro), N° 2310 del 21-08-2003 (caso: Victoria Zurita), N° 1319 del 22-06-2005 (caso: Exssel Betancourt), N° 3660 del 06-12-2005 (caso: Rafael Torrealba), N° 4961 del 15-12-2005 (caso: Braulio Jatar), N° 5089 del 15-12-2005 (caso: Braulio Jatar), N° 1306 del 28-06-2006

formar parte del bloque de la constitucionalidad”, habrá de contar con “la voluntad popular y no (...) una manifestación de autoridad del Poder Público”²⁹.

En segundo lugar, si continuamos con la revisión de fallos hallaremos que entrarían dentro de este bloque –de modo expreso– la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁰, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³¹, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³² y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos³³, en adición a “las normas de derecho internacional de los derechos humanos que se encuentran incorporadas al bloque de la constitucionalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución”³⁴ –también referidas bajo la forma de “los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República, pues integran el bloque de la constitucionalidad”³⁵– y

(caso: Alexy Palmar), N° 2533 del 20-12-2006 (caso: Antonio Ledezma) y N° 1909 del 19-10-2007 (caso: Jaime Lemoine). Véase en el mismo sentido el fallo N° 830 del 07-05-2004 (caso: Fanny García y otros) donde la Sala indica que este “régimen legislativo complementario y transitorio, son creación original de derecho por parte de la mencionada Asamblea, conforme a los parámetros establecidos en las preguntas sometidas a referéndum el 25 de abril de 1999, donde fueron aprobadas por el pueblo venezolano, y en esa medida integran el bloque de la constitucionalidad”, por lo que “el cuerpo de normas denominado Régimen de Transición del Poder Público, en cuyo marco se dictaron el Decreto para regular dicho Régimen, el Decreto sobre el Régimen para la Integración de las Comisiones Legislativas de los Estados y el Decreto sobre el Régimen Transitorio de las Remuneraciones de los más Altos Funcionarios de los Estados y los Municipios, (...) integran del [sic] denominado bloque de la constitucionalidad”, habiéndose previamente agregado al bloque –por fallo N° 106 del 11-02-2004 (caso: María Díaz y otros), reiterado en N° 74 del 25-01-2006 (caso: Acción Democrática) y N° 307 del 24-03-2009 (caso: Celina Añez Méndez y otro)– el Estatuto Electoral del Poder Público que “forma parte del bloque de la constitucionalidad y, por tanto, se equipara al rango constitucional”, motivo por el cual “su interpretación de forma general y vinculante le está atribuida exclusivamente a la Sala Constitucional”, además de “las Bases y Preguntas del referendo del 25 de abril de 1999”.

²⁹ Fallo N° 52 del 03-02-2009 (caso: Oscar Arnal).

³⁰ Fallo N° 568 del 08-05-2012 (caso: José Castañares). Reiterado en N° 186 del 21-03-2014 (caso: Leonardo Capaldo) y N° 840 del 17-07-2015 (caso: Neydis Cisneros y otros).

³¹ Fallo N° 343 del 06-05-2016 (caso: Nicolás Maduro).

³² Fallo N° 1747 del 10-08-2007 (caso: Mónica Rodríguez). Nótese que la Sala expone en este fallo que “al pertenecer la Declaración (...) a dicho bloque se hace pertinente resolver (...) el contenido del artículo 17 de esa Convención Internacional que protege y desarrolla derechos humanos, pues la facultad interpretativa de la Sala implica dar solución a dudas respecto al alcance y contenido de una norma integrante del ya mencionado bloque”, por lo que la labor interpretativa no estaría limitada a la Constitución formal sino que se extendería a la material.

³³ Fallo N° 3 del 22-01-2003 (caso: Harry Gutiérrez y otro).

³⁴ Fallo N° 2070 del 05-11-2007 (caso: RCTV).

³⁵ Fallo N° 1718 del 20-08-2004 (caso: Vestalia Araujo y otros).

“las normas contenidas en tratados o convenios internacionales que autorizan la producción de normas por parte de organismos multiestatales”³⁶.

Por último, y en términos más genéricos, también formarían parte del bloque de la constitucionalidad según la SC/TSJ (i) los “principios jurídicos fundamentales tutelados por el ordenamiento constitucional”³⁷, encontrándose menciones expresas al principio de preeminencia de los derechos humanos “el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad”³⁸, al principio de progresividad de los derechos humanos y de irretroactividad³⁹, el principio de expectativa plausible o confianza legítima⁴⁰, el principio de la doble instancia⁴¹ y el principio de la universalidad del control jurisdiccional y la separación de poderes⁴²; (ii) los valores constitucionales que no son solo los “enumerados en el artículo 2 del Texto Fundamental” sino “todos aquellos que se desprenden del bloque de la constitucionalidad”, aun cuando la Sala no precisa cuáles serían estos⁴³; (iii) los derechos, respecto a los cuales la Sala tampoco hace mayor

³⁶ Fallo N° 2588/2001, ya citado. Reiterado en los N° 2476/2002, 1010/2003, 2227/2003, 2310/2003, 1319/2005, 3660/2005, 4961/2005, 5089/2005, 1306/2006, 2533/2006, N° 1697 del 07-08-2007 (caso: Simón Meneses) y N° 1909/2007, ya citados.

³⁷ Fallo N° 2216 del 21-09-2004 (caso: Claudio Turchetti). Reiterado en N° 2871 del 10-12-2004 (caso: Lilia Guerrero), N° 350 del 24-02-2006 (caso: Jorge Rincón), N° 1843 del 20-10-2006 (caso: Norma Valencia), N° 1847 del 20-10-2006 (caso: Jhonny Sáez), N° 1977 del 21-11-2006 (caso: Ernesto Díaz), N° 969 del 28-05-2007 (caso: Néstor Manrique), N° 1130 del 22-06-2007 (caso: Raúl Valbuena), N° 1631 del 30-07-2007 (caso: Rogelio Sotomayor), N° 1680 del 06-08-2007 (caso: Pedro Santaella), N° 1123 del 17-12-2007 (caso: Zarikza Blanco), N° 148 del 25-02-2008 (caso: Denis Cortez), N° 243 del 28-02-2008 (caso: Lindolfo Contreras), N° 694 del 09-07-2010 (caso: Eulalia Pérez), N° 499 del 25-04-2012 (caso: BNC), N° 603 del 14-05-2012 (caso: Cayetano Torrealba), N° 1094 del 25-07-2012 (caso: ITALCAMBIO), N° 588 del 22-05-2013 (caso: María Carabaño), N° 1431 del 23-10-2013 (caso: Municipio Baruta del Estado Miranda), N° 1630 del 10-12-2015 (caso Germán Ramírez), N° 1659 del 17-12-2015 (caso: Jesús Hernández) y N° 46 del 01-03-2016 (caso: Jesús Rodríguez).

³⁸ Fallo N° 1173 del 15-06-2004 (caso: Esteban Gerbasi).

³⁹ Fallo N° 186/2014, ya citado.

⁴⁰ Fallo N° 1149 del 15-12-2016 (caso: Sanitas de Venezuela y otro). Reiterado en N° 499 del 28-06-2017 (caso: Iván Sposito), N° 692 del 14-08-2017 (caso: Municipio Girardot del Estado Aragua) y N° 918 del 17-12-2018 (caso: Universidad Santa María). Nótese que la Sala indica que este principio “si bien no se encuentra expresamente contenidos [sic] en el catalogo [sic] comprendido en el Texto Fundamental (...) persigue la igualdad de trato en forma genérica (...), por lo que forma parte del bloque de la constitucionalidad y debe ser preservado por esta Sala Constitucional y por el resto de los órganos jurisdiccionales de la República”.

⁴¹ Fallo N° 1456 del 04-06-2003 (caso: Luis Esqueda).

⁴² Fallo N° 2194 del 22-11-2007 (caso: Hermann Escarrá y otros). Reiterado en N° 2200 del 27-11-2007 (caso: Julio Borges y otros), N° 2201 del 27-11-2007 (caso: Guillermo Morena y otro), N° 2202 del 27-11-2007 (caso: ACCSI y otros) y N° 2208 del 28-11-2007 (caso: Antonio Varela y otro).

⁴³ Fallo N° 985 del 17-06-2008 (caso: Carlos Brender). Reiterado en N° 1615 del 19-11-2014 (caso: Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui), N° 46 del 18-02-2015 (caso: INMERCIA), N° 249

precisión⁴⁴; y (iv) las “leyes constitucionales” calificadas por la SC/TSJ como “normas como parte integrante del bloque de la constitucionalidad, aunque para la modificación de las mismas no sea necesario acudir a los mecanismos de reforma del texto fundamental, sino el de creación de leyes”⁴⁵.

En este sentido, como vemos, la SC/TSJ ha ido conformando el bloque de constitucionalidad a cuentagotas y de forma salteada –si cabe la expresión–, encontrándose solo dos fallos donde ella engloba buena parte de los “instrumentos normativos constitutivos del denominado bloque de la constitucionalidad” y que, en su criterio, incluye a las “Bases y Preguntas del Referéndum del 25 de abril de 1999, la Constitución de 1999, el Decreto que contiene el Régimen de Transición del Poder Público, el Estatuto Electoral del Poder Público y los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos”⁴⁶, en el primero de ellos, para plantear en el segundo que la labor de la Sala:

...no sólo se circunscribe a servir de garantía de normatividad de la Constitución documental, sino que se extiende a todas las disposiciones del denominado bloque de la constitucionalidad, que comprende en Venezuela, a los tratados sobre derechos fundamentales, las eventuales leyes constitucionales que pudieran dictarse conforme lo dispuesto en el artículo 157 de la Constitución y los principios que informan la parte dogmática de la misma⁴⁷.

Asimismo, resulta prudente indicar que el foro ha sostenido que el listado más completo de este bloque –si bien la SC/TSJ no aludió expresamente a él en su decisión– lo hallamos en el conocido fallo N° 1077 del 22-09-2000 (caso: Servio Tulio León)⁴⁸.

del 31-03-2016 (caso: Toufik Al Safadi), N° 422 del 22-06-2018 (caso: Pablo Suárez), N° 603 del 10-08-2018 (caso: Marisela Volante) y N° 404 del 28-11-2019 (caso: Giovanni Tardugno).

⁴⁴ Fallo N° 366 del 09-05-2014 (caso: María Corina Machado).

⁴⁵ Fallo N° 226 del 18-02-2003 (caso: Distrito Metropolitano de Caracas). La Sala coloca como ejemplo la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas dictada por la Asamblea Nacional Constituyente del año 2000, por lo que el término equivaldría a las normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente mencionadas al inicio de este acápite. Sobre las leyes constitucionales en general consúltese José Peña Solís, “Breve excurso histórico y conceptual sobre las leyes constitucionales, a propósito de las dictadas por la sedicente Asamblea Nacional Constituyente”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 10 (2017): 581-610, <https://bit.ly/3jLsbln>

⁴⁶ Fallo N° 2841 del 29-10-2003 (caso: Tulio Álvarez). Decimos “buena parte” porque, como vimos, lo planteado deja por fuera a otros de los elementos que la propia Sala ha incluido en el bloque.

⁴⁷ Fallo N° 1089 del 13-07-2011 (caso: Analya Belisario y otros). Téngase presente que el artículo en cuestión prevé que “[l]a Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización”.

⁴⁸ Véase Nikken, *Consideraciones sobre...*, ob. cit., 76, para quien la Sala en “ese fallo definió en términos relativamente claros el contenido del ‘bloque de la constitucionalidad’ venezolano” que “estaría compuesto por: 1) la Constitución; 2) los principios constitucionales; 3) las doctrinas referidas por la Constitución; 4) los tratados internacionales que se remiten a organismos multistatales; 5) el régimen legal

2. La invocación del bloque de constitucionalidad

Sabido cómo está conformado el bloque de constitucionalidad venezolano según la SC/TSJ, resta por ver en qué se traduce ello en la práctica o, lo que es lo mismo, cuál es la relevancia de este bloque frente a una pretensión constitucional.

Así, lo primero que debemos mencionar es que las alusiones al bloque por parte de la Sala suelen ser de carácter meramente incidental y desprovistas de mayor análisis al señalar, por ejemplo, que este bloque debe ser considerado al momento de evaluarse la admisión de amparos constitucionales⁴⁹, o que la demanda de nulidad por inconstitucionalidad procede contra actos dictados “en ejecución de normas (...) que integran el denominado bloque de la constitucionalidad”⁵⁰ a fin de lograr “la obtención de una sentencia que revise la adecuación al bloque de constitucionalidad de la norma impugnada”⁵¹.

La misma situación se presenta en cuanto a la revisión constitucional, respecto a la cual la SC/TSJ ha indicado que este tipo de solicitudes “persigue es la protección inmediata de la Constitución y el bloque de la constitucionalidad”⁵² —o “la preservación del bloque de la constitucionalidad”⁵³— al conocer “decisiones que emanen de los tribunales que violenten el bloque de la constitucionalidad”⁵⁴ y ser una “vía procesal constitucional, de carácter discrecional y extraordinario, instaurado por el legislador (...) en protección del bloque de la constitucionalidad”⁵⁵.

Por este motivo, continúa la Sala, “la procedencia de este medio extraordinario de protección” se materializaría cuando el mismo aporta “a la defensa

transitorio; 6) las bases comiciales de la Asamblea Nacional Constituyente. A esto se añaden dos elementos expresamente señalados en la Constitución: los tratados y demás instrumentos sobre derechos humanos (artículo 23) y la jurisprudencia constitucional (artículo 335)”.

⁴⁹ Fallo N° 870 del 29-05-2001 (caso: Caridad Rodríguez). Reiterado en N° 975 del 10-07-2012 (caso: Asociación Cooperativa Flores Azules Hermanos Reyes 66).

⁵⁰ Fallo N° 1103 del 07-06-2004 (caso: Carmen Caraballo).

⁵¹ Fallo N° 827 del 19-06-2012 (caso: Jesús López). Reiterado en N° 1564 del 04-12-2012 (caso: Galera TV).

⁵² Fallo N° 438 del 28-06-2018 (caso: Pablo Sandoval).

⁵³ Fallo N° 647 del 29-07-2016 (caso: INHERBOCA).

⁵⁴ Fallo N° 1091 del 08-12-2017 (caso: Baker Hughes Venezuela).

⁵⁵ Fallo N° 402 del 18-05-2016 (caso: Héctor Piedra). Reiterado en N° 517 del 30-06-2016 (caso: Eladio Valenzuela y otro).

del bloque de la Constitucionalidad”⁵⁶ y, de no constar “cuál sería la contribución que para la protección del bloque de la constitucionalidad (...) perseguiría la revisión de la sentencia”, la misma sería declarada sin lugar⁵⁷.

De modo similar, la Sala también ha vinculado el bloque estudiado con la omisión legislativa al precisar que sí “el ordenamiento jurídico, en su totalidad, debe ser visto desde la Constitución”, se podría arribar entonces “a la conclusión de que la (...) omisión del Legislador, queda salvada por la propia reglamentación del Constituyente, que unió a la cúspide normativa los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, por lo que “a pesar del silencio de la ley, no puede afirmarse que las normas integradas al bloque de la constitucionalidad pierdan efectividad y, por tanto, su satisfacción resulta impretermitible para cualquier operador jurídico” en ausencia de una ley que detalle su contenido⁵⁸.

Asimismo podemos hallar un par de pronunciamientos de la Sala sobre este bloque en materia del control difuso de constitucionalidad cuando la SC/TSJ destaca que la procedencia de este último “se encuentra determinada por una colisión clara y precisa con el bloque de la constitucionalidad y no con criterios jurisdiccionales tópicos que carecen de carácter vinculante y, que por tanto, no constituyen justificación suficiente para desaplicar una norma”⁵⁹, recordándose que “los jueces tienen el imperativo-facultad de garantizar la integridad de la Constitución de la República (...) mediante la desaplicación de cualquier norma del ordenamiento que pudiera colidir con el bloque de la constitucionalidad”⁶⁰.

Estos criterios podemos enlazarlos con los dichos de la Sala cuando, al evaluar el ejercicio de la función judicial en general, expuso que “los jueces de instancia gozan de autonomía e independencia cuando deciden, por lo que, si bien deben ajustarse al bloque de la constitucionalidad y a las leyes en la solución de una controversia, disponen de un amplio margen de valoración tanto del derecho aplicable como de los hechos que estén demostrados en autos”⁶¹, y que:

...el análisis que hacen los tribunales y las demás Salas sobre los elementos fácticos del proceso, así como sobre las normas jurídicas que no integran el bloque de la

⁵⁶ Fallo N° 243 del 18-07-2019 (caso: Agrotrading Venezuela).

⁵⁷ Fallo N° 691 del 18-10-2018 (caso: Nelo Barboza y otros).

⁵⁸ Fallo N° 3567 del 06-10-2005 (caso: Javier Elechiguerra y otros).

⁵⁹ Fallo N° 1592 del 23-11-2009 (caso: Luis Ramírez). Reiterado en N° 1618 del 24-11-2009 (caso: Adoración Bandres) y N° 45 del 27-02-2019 (caso: Flor Mujica).

⁶⁰ Fallo N° 381 del 02-04-2009 (caso: FESNOJIV). Reiterado en N° 872 del 05-12-2018 (caso: Técnicas Fibras Venezolanas).

⁶¹ Fallo N° 1719 del 23-06-2003 (caso: Judith Montaña). Reiterado en N° 2205 del 17-09-2004 (caso: Carmen García), N° 1522 del 12-07-2005 (caso: Lácteos Los Andes) y N° 1667 del 02-12-2009 (caso: Luis Rodríguez).

constitucionalidad, forma parte de las potestades autónomas de decisión que detentan los jueces⁶².

Ya para finalizar podemos mencionar que donde más ha calado la noción de este bloque es en la interpretación constitucional visto el razonamiento de la Sala de que esta acción autónoma no tiene por objeto solo la Constitución de la República sino también el bloque de constitucionalidad⁶³, dada su “atribución (...) como garante máximo del respeto del Texto Fundamental, así como en el poder que expresamente se le confiere para la interpretación vinculante de sus normas”⁶⁴.

En otras palabras, continúa la SC/TSJ, “el poder de garantía constitucional que le toca desempeñar (...) implica dar solución a aquellas dudas que se planteen respecto al alcance y contenido de una norma que integre el llamado bloque de la constitucionalidad”⁶⁵, entendida la interpretación constitucional como una garantía esencial del carácter normativo de la Carta Magna y un “mecanismo de integración de las disposiciones pertenecientes al ‘bloque de la constitucionalidad’”⁶⁶.

En virtud de lo anterior, la SC/TSJ ha sostenido que, para admitir una pretensión de esta naturaleza, el libelo debe expresar “con precisión en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones cuya interpretación se demanda, o la supuesta contradicción entre normas del texto, o entre éstas y otras

⁶² Fallo N° 613 del 15-05-2012 (caso: Black & Decker de Venezuela).

⁶³ Fallo N° 609 del 09-04-2007 (caso: Omar García y otros). Reiterado en N° 1835 del 11-10-2007 (caso: Julio Borges y otros).

⁶⁴ Fallo N° 998 del 11-05-2006 (caso: Antonio Ramírez y otros). Reiterado en N° 576 del 10-06-2010 (caso: José Vega) y N° 2018 del 26-10-2007 (caso: Fernando Gómez),

⁶⁵ Fallo N° 1860 del 05-10-2001 (caso: Consejo Legislativo del Estado Barinas). Reiterado en N° 1808 del 05-08-2002 (caso: María Zambrano), N° 170 del 13-02-2003 (caso: Unión Justocrática), N° 2598 del 16-11-2004 (caso: Luis Arias), N° 2222 del 07-12-2006 (caso: Amela Djedovic), N° 427 del 13-03-2007 (caso: AVEX), N° 1783 del 05-10-2007 (caso: Procuraduría del Estado Trujillo), N° 2087 del 06-11-2007 (caso: Vicente Díaz y otros), N° 2125 del 09-11-2007 (caso: Ismael Concepción y otros), N° 565 del 15-04-2008 (caso: Procuraduría General de la República), N° 904 del 30-05-2008 (caso: Ameth Yalcin), N° 1541 del 17-10-2008 (caso: Procuraduría General de la República), N° 818 del 15-05-2008 (caso: Rafael Vásquez), N° 1134 del 10-08-2009 (caso: Guillermo González), N° 876 del 26-06-2012 (caso: Guillermo González) y N° 546 del 21-05-2013 (caso: Gilberto Rúa).

⁶⁶ Fallo N° 2 del 09-01-2013 (caso: Marelys D'arpino). Reiterado en N° 5 del 16-01-2013 (caso: Manuel Reyes), N° 623 del 05-06-2014 (caso: Cecilia Sosa Gómez y otro), N° 1864 del 22-12-2014 (caso: Diosdado Cabello), N° 100 del 20-02-2015 (caso: Procuraduría General de la República), N° 443 del 10-04-2015 (caso: Oleg Oropeza), N° 683 del 02-06-2015 (caso Argenis Martínez) y N° 1758 del 22-12-2015 (caso: Diosdado Cabello).

disposiciones parangonadas con la Carta Magna, como aquellas integradas al bloque de constitucionalidad⁶⁷.

III. A modo de reflexión final

En los poco más de cien fallos que hemos citado en este trabajo se puede constatar que la SC/TSJ estaría conteste con lo que el foro latinoamericano –y muy especialmente, el venezolano– entiende por el bloque de constitucionalidad, si bien el tratamiento dado por la Sala da la impresión que se trata de un tema exento de discusión, siendo lo cierto del caso que no solo lo que se concibe como este bloque varía en cada Estado⁶⁸ sino que en el propio foro venezolano hay posiciones encontradas entre quienes abogan, por ejemplo, que este bloque incluye a los tratados internacionales en materia de derechos humanos –el sector mayoritario, según tuvimos oportunidad de revisar y con el que coincidimos– y quienes reniegan tal situación⁶⁹.

A esta ausencia de un concepto unívoco del bloque de constitucionalidad hemos de agregar que la propia SC/TSJ parece moldear su conformación a discreción pues, valiéndose de su criterio de que estas normas, principios y valores son los que “la propia Sala entienda que forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad”, según vimos en el Fallo N° 1/2013, la misma ha hecho incorporaciones al bloque de forma irregular y sin que conste un listado preciso –y mucho menos definitivo– de su conformación, debiendo quien tenga interés en la materia navegar por un considerable cúmulo de decisiones judiciales a fin de conocer cuál es el bloque de constitucionalidad –y en consecuencia, la Constitución material– de Venezuela. Al menos, según la SC/TSJ.

La situación anterior, de por sí preocupante, no hace más que agravarse si consideramos que la SC/TSJ ha hecho uso de este bloque como un fuero atrayente para ejercer las funciones que le concede el ordenamiento jurídico con la intención –más que de garantizar los derechos fundamentales y libertades individuales a través del control de constitucionalidad, que es lo que pretende facilitar el concepto– de favorecer a la fuerza política dominante en un claro ejemplo de autoritarismo judicial⁷⁰ y de cómo una noción concebida para beneficiar a la

⁶⁷ Fallo N° 1287 del 20-05-2003 (caso: BJ Services de Venezuela y otros). Reiterado en N° 1925 del 14-07-2003 (caso: Raúl Mathison).

⁶⁸ Como muestra, véase que en el caso venezolano se incluye el régimen de transición con motivo de la Constitución de 1999 mientras que en otros países de la región, por motivos lógicos, tal régimen no es de interés.

⁶⁹ Véase sobre esta última posición Peña Solís, *Manual...*, ob. cit.

⁷⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, *Revista de Administración Pública*, N° 180 (2009): 387-422, <https://bit.ly/3CASGT3>

persona frente al Estado puede ser –y es– desnaturalizada para alcanzar el efecto contrario⁷¹.

Es esta realidad –entre otros ejemplos que no vienen al caso desarrollar en esta ocasión– la que ha llevado a no pocos autores del foro nacional a considerar que los fallos de la SC/TSJ, hoy por hoy, carecen absolutamente de valor pues no son más que la “reducción de la Constitución a un amasijo de papeles que ya no sirve prácticamente ni siquiera como término de referencia”⁷².

No obstante, sí como tuvimos ocasión de ver, el bloque de constitucionalidad ha impregnado al razonamiento de la SC/TSJ en casos de nulidad por inconstitucionalidad, control difuso, interpretaciones constitucionales, solicitudes de revisión, amparos constitucionales y omisiones legislativas, y sí, como también vimos, este bloque lleva consigo que la Constitución formal pase a ser solo uno de los tantos elementos de la Constitución material que el juez debe tener presente al momento de decidir, creemos oportuno advertir al lector sobre cuáles son los dichos de la SC/TSJ en esta materia a fin de prevenirle sobre qué entiende dicha Sala por el bloque de constitucionalidad y con qué finalidad acude al mismo al momento de motivar sus fallos. De ahí el objeto de estas líneas que esperamos haber cumplido.

⁷¹ Al respecto, basta ver los fallos en los cuales la SC/TSJ ha realizado un “control de convencionalidad inverso” derivado, en parte, de su criterio de que como los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, ella está llamada a interpretarlos de forma auténtica, incluso si ello equivale a contravenir lo dicho por instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷² Véase Nikken, *Consideraciones sobre...*, ob. cit., 143, y la bibliografía ahí citada.

Derecho y Siglo de Oro español

Emilio Spósito Contreras*

pp. 341-355

Invitado: 14 jul 2021

Sumario

I. El Siglo de Oro | II. Exponentes del Siglo de Oro y el Derecho | III. Referencias jurídicas en algunas de las obras de los exponentes del Siglo de Oro | IV. Una biblioteca jurídica según Lope de Vega | V. Conclusiones

* Profesor Agregado de Derecho Civil I: Personas, de la Universidad Central de Venezuela; Profesor de Historia del Derecho I: Derecho Romano, de la Universidad Monteávila. Ha sido Profesor Visitante en el área de Derecho Romano de las Universidad de Sassari (Italia, 2010) y la Universidad Autónoma de Madrid (España, 2020).

Derecho y Siglo de Oro español

Resumen: Durante el mayor esplendor de nuestra cultura, durante el Siglo de Oro o Barroco español, Venezuela formó parte de la Monarquía Hispánica, por lo cual revisar las más significativas expresiones de la literatura, resulta útil para comprender las bases de nuestro sistema y ordenamiento jurídico. En las obras del Siglo de Oro español abundan las críticas a la corrupción de los jueces y al desfase entre la ley formal y la ley material. Ello, es causa y consecuencia del humanismo imperante, que sembró entre nosotros la antigua idea de la bondad de la ley y de los principios que desde Roma se asociaron al Derecho.

Palabras Claves: Barroco | Bibliografía jurídica | Derecho | Derecho y Literatura | Enseñanza y estudio del Derecho | Historia del Derecho | Siglo de Oro español.

Law and the Spanish Golden Age

Abstract: During the greatest splendour of our culture, during the Golden Age or Spanish Baroque, Venezuela was part of the Hispanic Monarchy, so review the most significant expressions of literature, is useful in understanding the foundations of our legal system. The works of the Spanish Golden Age abound in criticism of the corruption of judges and the gap between the formal law and the material law. This is the cause and consequence of the prevailing humanism, which sowed among us the ancient idea of the goodness of the law and of the principles associated with law from Rome.

Key Words: Baroque | Legal literature | Law and Literature | Teaching and Study of Law | History of Law | Spanish Golden Age.

I. *El Siglo de Oro*

El “Siglo de Oro” o “siglos”, en plural, porque como lo recuerdan Bruce W. Wardropper (1919-2004) y Francisco Rico (1942) en la monumental obra *Historia y Crítica de la Literatura Española* (iniciada en 1979)¹, el Siglo de Oro cronológicamente abarca al menos dos siglos: el XVI y el XVII. Este período también puede ser identificado como el “Barroco” español; pero “Barroco”, lo “barroco”, también tiene sus dificultades: Término rescatado por el historiador del arte Heinrich Wölfflin (1864-1945) para referirse al arte pictórico posterior al “clasicismo” del Renacimiento, ha sido utilizado en diversos sentidos por autores tan influyentes como Eugenio D’Ors (1881-1954) o Alejo Carpentier (1904-1980)².

En general, nos referiremos al Siglo de Oro o Barroco español, para indicar la literatura iberoamericana inmediatamente posterior al Renacimiento – en tanto redescubrimiento de la Antigüedad–, coincidente con el período de mayor esplendor de la Monarquía Hispánica, bajo la dinastía de los Habsburgo o Austrias: Carlos I (1500-1558) –emperador Carlos V del Sacro Romano Imperio–, Felipe II (1527-1598), Felipe III (1578-1621), Felipe IV (1605-1665) y Carlos II (1661-1700). Como resulta evidente, un período en el cual confluyeron las más disimiles influencias sobre un pueblo que se abría al mundo como antes había ocurrido a los romanos y necesitaba más que nunca reafirmarse en su identidad.

El proceso de consolidación de la Monarquía Hispánica que venía de la larga reconquista del territorio dominado durante siete siglos por los almorávidas, encontró en el cristianismo su mortero o argamasa, favorecida por empresas inusitadas como la evangelización de las Indias; así como la lucha contra los otomanos en el Mediterráneo y contra los protestantes en Europa. Sólo comparable con el Imperio Romano, la Monarquía Hispánica tuvo una especial inclinación por lo jurídico –también imbricado con lo religioso–, que tuvo como expresiones singulares la Escuela de Salamanca y las Leyes de Indias.

De allí que del estudio jurídico de la obra de los grandes exponentes del Siglo de Oro –los espíritus más sensibles de su época–, que ha dado en llamarse “Derecho y Literatura”³, podemos apreciar claramente la visión de lo jurídico,

¹ Bruce W. Wardropper, “Temas y problemas del Barroco español”. *Historia y Crítica de la Literatura Española*, 3. Dirigida por Francisco Rico (Barcelona: Editorial Crítica, 1983) 5-48.

² João Adolfo Hansen, “Notas sobre el «barroco»”. *Revista de Filología*, 22 (San Cristóbal de La Laguna: Universidad de La Laguna, 2004) 111-131.

³ Entre nosotros existe el libro *Derecho y Literatura* (Caracas: Universidad Metropolitana, 2016) con trabajos de Cosimina Pellegrino Pacera: “El derecho y la literatura: Algunas notas sobre esta amistad

del Derecho, en uno de los momentos estelares de la humanidad, del que precisamente deriva nuestra idiosincrasia y a la que tenemos que recurrir para comprender desde la ideología de la Independencia de América Latina a principios del siglo XIX, hasta la crisis de populismo de inicios del siglos XXI.

El arte en general y la literatura en particular son relevantes para el estudio del Derecho, y así lo han hecho ver desde el criminólogo Enrico Ferri (1856-1929) en la temprana obra *Los delincuentes en el arte*⁴ o Ronald Dworkin (1931-2013) en *Una cuestión de principios*⁵, hasta la laureada Martha Nussbaum (1947), en su libro *Justicia poética*⁶. Entre nosotros deben destacarse principalmente los trabajos en la materia de la profesora Cosimina Pellegrino Pacera⁷.

II. *Exponentes del Siglo de Oro y el Derecho*

Nadie duda que cuando se habla del Siglo de Oro español, incluimos la obra de autores mundialmente conocidos como Miguel de Cervantes, Lope de Vega, Luis de Góngora, Francisco de Quevedo y Pedro Calderón de la Barca. No obstante, la riqueza del Barroco español es enorme y existen infinidad de representantes que no se abarcan en este estudio, como Garcilaso de la Vega (circa 1501-1536), Lope de Rueda (circa 1510-1565), el cusqueño Inca Garcilaso de la Vega (1539-1616), Mateo Alemán (1547-1614), Luis Vélez de Guevara

en el tema de la igualdad y la discriminación” (15-46), Flavia Pesci Feltri: “Algunos principios jurídicos relevantes en la obra *El Proceso de Frank Kafka*” (47-76), Ramón Escovar León: “La verdad y la justicia en *Don Quijote*” (77-102), Luis Alfonso Herrera Orellana: “Las emociones y el Derecho en «El Sueño del Celta»: Reflexiones sobre el Derecho en la Literatura” (103-128) y de René Molina Galicia: “Cine, Derecho y Literatura” (129-159).

⁴ Traducción, prólogo y notas de Constancio Bernaldo de Quirós (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1899) 336 pp.

⁵ Traducción de Victoria Boschioli (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012) 493 pp.

⁶ Traducción de Carlos Gardini (Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997) 183 pp.

⁷ Cosimina Pellegrino Pacera, “Breves reflexiones sobre el aporte de la literatura para la mejor enseñanza y aprendizaje del derecho”. *Revista Tachirense de Derecho*, 22 (San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira - Centro Tachirense de Estudios Municipales, 2011) 23-43; Cosimina Pellegrino Pacera, “Derecho y literatura: aproximación al análisis de la novela «La ciudad vencida» como recurso didáctico en la enseñanza jurídica”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 6 (Caracas: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2016) 191-206 y Cosimina Pellegrino Pacera, “Derecho, cine y literatura: una propuesta para el estudio del Derecho Laboral”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 5 (Caracas: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2015) 185-209. También, Luis Alfonso Herrera Orellana, “¿Justicia Poética?: Acerca de los aportes de la Literatura a la comprensión del Derecho”. *Estudios en homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta*, tomo I (Mérida: Universidad de Los Andes, 2011) 223-256, Kathleen Barrios, “La huella del Derecho en la literatura”. *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Montevilla*, 11 (Caracas: Universidad Monteávila, 2012) 173-187 y Jorge Roggero, “Derecho y literatura en la obra de Jacques Derrida”. *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 21, 3 (Maracaibo: Universidad del Zulia, 2014) 435-457.

(1579-1644), Juan Ruiz de Alarcón (1581-1639), Baltasar Gracián y Morales (1601-1658), el cusqueño Juan de Espinosa Medrano (1629-1688) o la mexicana sor Juana Inés de la Cruz (1648-1695), entre muchos otros. De manera que nuestra selección de exponentes en parte se debe a su popularidad y en parte a la arbitrariedad, sin que ello impida ampliar en el futuro el presente trabajo.

Aunque la opinión no es unánime, no se consideran barrocos sino renacentistas, a autores como fray Luis de León (1527-1591), san Juan de la Cruz (1542-1591) y, por supuesto, santa Teresa de Jesús (1515-1582), cuyo pensamiento y obra merecen un estudio individual. A continuación listamos en orden cronológico a nuestros exponentes del Siglo de Oro español, resaltando en su biografía su vinculación al mundo del Derecho o de la ley. Veamos:

Miguel de Cervantes Saavedra (1547-1616): El mayor exponente de la lengua castellana, el Complutense Miguel de Cervantes Saavedra provenía de una familia vinculada al Derecho. Por ejemplo su abuelo, el licenciado Juan de Cervantes, fue abogado y familiar del Santo Oficio. Pero también los Cervantes estuvieron vinculados al Derecho de otro modo, al ser perseguidos por la ley. El padre del escritor, el cirujano Rodrigo de Cervantes, sufrió pleitos por deudas y él mismo, a los 22 años de edad, el 15 de septiembre de 1569 fue condenado por lesiones causadas a un tal Antonio de Sigura: “(...) a que, con vergüenza pública, le fuese cortada la mano derecha, y en destierro de nuestros reinos por un tiempo de diez años, y en otras penas contenidas en la dicha sentencia”⁸. Prófuogo, Cervantes huyó a Roma y, en un claro ejemplo de “justicia poética” como tópico literario, fue a perder la mano –la izquierda– en la célebre batalla de Lepanto (1571).

Por “derecho de guerra”, Cervantes y su hermano Rodrigo fueron capturados por el pirata turco de origen albanés Arnaúte Mamí y esclavizados por su lugarteniente, el griego Dali Mamí. En total Miguel de Cervantes estuvo 5 años cautivo en Argel, de donde salió liberado por el pago de un rescate reunido por su familia y los buenos oficios de los admirables trinitarios –“redentores de cautivos”– fray Antonio de la Bella (1540-1595) y fray Juan Gil (1541-1606).

⁸ Martín de Riquer Morera, “Miguel de Cervantes Saavedra”. *Diccionario Biográfico Español* (Madrid: Real Academia de la Historia) <http://dbe.rah.es/biografias/11973/miguel-de-cervantes-saavedra>, consultado el 18 de junio de 2021.

Como dato curioso, es de destacar que en las Indias, “común refugio de los pobres generosos”⁹, la Biblioteca Nacional de Venezuela conserva un ejemplar del *Quijote*, publicado en 1617, es decir, apenas 12 años después de la primera edición, en 1605, de la más famosa obra de Miguel de Cervantes.

Lope de Vega Carpio (1562-1635): El genial escritor madrileño frecuentó el Colegio de Santiago o de los Caballeros Manriques de Alcalá de Henares, aunque sin llegar a obtener ningún grado académico. Como veremos más adelante, estaba familiarizado con los estudios jurídicos y, sobre todo, con los tribunales, en los cuales se le siguieron varios juicios, la mayoría por difamación de sus rivales de amores. En tal sentido, son conocidos los pleitos por sus punzantes libelos contra unos cómicos y contra Francisco Perrenot de Granvela, por el que fue condenado a la cárcel y, tras reincidir en las “maledicencias”, al destierro por ocho años de la Corte y cuatro del reino, con la advertencia de que “(...) no los quebrante, so pena de muerte los del reino, y los demás, de servirlos en galeras al remo y sin sueldo, y con costas”¹⁰.

Un hijo del Fénix, Lope Félix del Carpio y Luján (1607-1634), pescador de perlas, murió en un naufragio cerca de la isla de Margarita, en las costas de Venezuela. El poeta recordó el luctuoso acontecimiento en su Felicio: *Égloga piscatoria*, incluida en *La vega del Parnaso* (1637): “Iba Felicio ¡ay cielos! embarcado | en un ligero leño, | infausta cama a su postrero sueño, | a, más feliz que Arabia, Margarita: | tal nombre, por las perlas solicita”¹¹.

Luis de Góngora y Argote (1561-1627): Licenciado en Cánones, juez de bienes confiscados de la Santa Inquisición de Córdoba y juez de residencia en Madrid, el Píndaro andaluz estudió Derecho Canónico en Salamanca y desempeñó cargos como los de “diputado de Cabeza de Rentas, de Hacienda Capitular, clavero del Tesoro, adjunto del obispo para entender en causas de prebendados y secretario del Cabildo”¹². En 1617, fue nombrado capellán de honor del Rey, Felipe III.

⁹ Miguel de Cervantes, “La española inglesa. El licenciado Vidriera. La fuerza de la sangre”. *Obra completa*, 8. Edición de Florencio Sevilla Arroyo y Antonio Rey Hazas (Madrid: Alianza Editorial, 1996), 224 pp.

¹⁰ Antonio Carreño, “Lope de Vega Carpio”. *Diccionario Biográfico Español* (Madrid: Real Academia de la Historia) <http://dbe.rah.es/biografias/5043/lope-de-vega-carpio>, consultado el 18 de junio de 2021.

¹¹ Lope de Vega, *La vega del Parnaso*, tomo III. Dirigida por Felipe B. Pedraza y Pedro Conde Parrado (Cuenca: Ediciones de Castilla-La Mancha, 2016) 894 pp.

¹² Antonio Carreira Vérez, “Luis de Góngora y Argote”. *Diccionario Biográfico Español* (Madrid: Real Academia de la Historia) <http://dbe.rah.es/biografias/10968/luis-de-gongora-y-argote>, consultado el 18 de junio de 2021.

En la letrilla *Ya de mi dulce instrumento* (1595), la aguzada sátira de Góngora –que le valió la enemistad de muchos, entre ellos Lope de Vega y Francisco de Quevedo– Góngora denuncia al escribano, al abogado venal, que se vende y con él, a la justicia: “(...) su pluma sin ojos ve, | y su bolsa, aunque sin lengua, | por la boca crece o mengua | las razones del culpado, | la bolsa hecha abogado, | la pluma hecha testigo; | y digan que yo lo digo”¹³.

En su poema *Soledades* (1613), el Homero español se refiere a América, junto al “(...) istmo que al Océano divide”¹⁴, describiendo las aventuras de sus contemporáneos visitantes: “A pesar luego de áspides volantes, | sombra del Sol y tósigo del viento, | de Caribes flechados, sus banderas | siempre gloriosas, siempre tremolantes, | rompieron los que armó de plumas ciento | Lestrigones el istmo, aladas fieras (...)”¹⁵.

Francisco de Quevedo y Villegas (1580-1645). Miembro de una familia de funcionarios palaciegos, bajo el patrocinio de la reina Margarita de Austria (1584-1611) y la duquesa de Lerma, Catalina de la Cerda (1550-1603), recibió una esmerada educación de los jesuitas. Posteriormente, estudió en Alcalá de Henares y en Valladolid. Estuvo al servicio del duque de Osuna, Pedro Téllez-Girón (1574-1624), del conde-duque de Olivares, de quien finalmente se distanció, y del duque de Medinaceli, Antonio de la Cerda y Enríquez (1607-1671)¹⁶.

Conocido sobre todo por su poesía (verbi gratia *Heráclito cristiano*, 1613 y *Sueños y discursos*, 1627) –modelo de poetas posteriores y americanos¹⁷–, de su prolífica obra también se destacan traducciones de clásicos (Epicteto y Phocílides en español con consonantes, 1635), tratados de filosofía (Doctrina estoica, 1635)¹⁸ y política (Política de Dios y gobierno de Cristo, 1619)¹⁹. Sus textos satíricos y festivos le valieron numerosos y poderosos enemigos, que al ocaso de su

¹³ Robert Jammes, “Las letrillas: La «sátira contra estados»”. *Historia y Crítica de la Literatura Española*, 3. Dirigida por Francisco Rico (Barcelona: Editorial Crítica, 1983) 412-415.

¹⁴ Luis de Góngora, *Soledades*. Edición de John Beverley (Madrid: Cátedra, 2005) 176 pp.

¹⁵ Enrica Cancelliere, “Las rutas para las indias y la imaginación poética de Góngora”. *Actas del XIV Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas: New York, 16-21 de Julio de 2001*, volumen 2/4 (Newark: Juan de la Cuesta, 2004) 73-88.

¹⁶ Pablo Jauralde Pou, “Francisco de Quevedo y Villegas”. *Diccionario Biográfico Español* (Madrid: Real Academia de la Historia) <http://dbe.rah.es/biografias/10543/francisco-de-quevedo-y-villegas>, consultado el 18 de junio de 2021.

¹⁷ Arnulfo Herrera, “Dos apuntes sobre el influjo de Quevedo en los poetas novohispanos”. *La Perinola: Revista de investigación quevediana*, 7 (Pamplona: Universidad de Navarra, 2003) 209-239.

¹⁸ Henry Ettinghausen, Karl A. Blüher y José M^a Balcells, “El estoico”. *Historia y Crítica de la Literatura Española*, 3. Dirigida por Francisco Rico (Barcelona: Editorial Crítica, 1983) 557-566.

¹⁹ José Luis L. Aranguren y Monroe Z. Hafter, “La Política de Dios”. *Historia y Crítica de la Literatura Española*, 3. Dirigida por Francisco Rico (Barcelona: Editorial Crítica, 1983) 566-571.

vida le ocasionaron casi cuatro años de injusta prisión (1639-1643), en una lúgubre celda del convento de San Marcos de León, sede de la Orden de Santiago.

Como lo dejó en evidencia Pedro Manuel Arcaya (1874-1958) en su discurso de incorporación a la Academia de la Lengua, el 28 de enero de 1917, un pariente del escritor madrileño, llamado Juan Francisco de Quevedo y Villegas, se estableció en Coro durante el siglo XVII²⁰. De esta rama familiar, destacó especialmente fray Agustín de Quevedo y Villegas (circa 1672-1707), rescatado del olvido por la paciente labor académica de David García Bacca (1901-1992), Pedro Grases (1909-2004) y Horacio Jorge Becco (1927).

Pedro Calderón de la Barca (1600-1681): El abuelo Pedro y el padre Diego, fueron escribanos y secretarios del Consejo y Contaduría Mayor de Hacienda. Su hermano Diego Calderón de la Barca (1596-1647) era abogado. El mismo Pedro conoció ambos Derechos a su paso por las Universidades de Alcalá y Salamanca.

En su juventud, la familia se enfrascó en pleitos sucesorios contra la última esposa del padre: Juana Freyle Caldera. Más gravé aún fue el juicio criminal que enfrentaron los hermanos Calderón por la muerte de un tal Nicolás de Velasco, que los obligó antes a refugiarse en la embajada del Sacro Romano Imperio y después a pagar una cuantiosa indemnización de 6.600 reales²¹.

Manuel Pérez Vila (1922-1991) y Olga Santeliz Cordero (1955), señalan que con motivo de las proclamaciones de los Borbones Fernando VI (1747) y Carlos III (1760), se realizaron las primeras representaciones teatrales en Venezuela, con piezas de Calderón de la Barca como *Un auto sacramental*, *Afectos de odio y amor*, *La vida es sueño* y *El postrer duelo de España*. También señalan que a finales de 1772, los miembros de la guarnición veterana de Caracas representaron obras del mismo dramaturgo²².

III. Referencias jurídicas en algunas de las obras de los exponentes del Siglo de Oro

Las referencias al Derecho abundan en la obra de los grandes exponentes del Siglo de Oro, dando cuenta de las deficiencias y abusos del sistema de justicia,

²⁰ Euclides J. Fuguett Graterol, "El apellido Quevedo y Villegas en Venezuela". *Boletín del Instituto Venezolano de Genealogía*, 6 (Caracas: Instituto Venezolano de Genealogía, 1991) 11-23.

²¹ José Alcalá-Zamora y Queipo de Llano, "Pedro Calderón de la Barca y Henao". *Diccionario Biográfico Español* (Madrid: Real Academia de la Historia) <https://dbe.rah.es/biografias/9824/pedro-calderon-de-la-barca-y-henao>, consultado el 17 de agosto de 2021.

²² Manuel Pérez Vila y Olga Santeliz Cordero, "Teatro". *Diccionario de Historia de Venezuela* (Caracas: Fundación Polar) <https://bibliofep.fundacionempresaspolarg.org/dhv/entradas/t/teatro/>, consultado el 10 de septiembre de 2021.

de la falta de afinidad entre los juristas y el pueblo, así como de la necesidad de hacer prevalecer la justicia frente a las formas afectadas o inútiles. Por ejemplo:

El licenciado Vidriera (1613) de Miguel de Cervantes: En la extraordinaria historia de Tomás Rodaja, personaje ávido tanto de conocimientos como de aventuras, que como criado de dos caballeros estudiantes de Salamanca llegó a graduarse en leyes, “segundo en licencias” o con honores.

Intoxicado con un filtro amoroso por una admiradora, Tomás Rodaja perdió el juicio, imaginándose “(...) que era todo hecho de vidrio, y con esta imaginación, cuando alguno se llegaba a él, daba terribles voces pidiendo y suplicando con palabras y razones concertadas que no se le acercasen, porque le quebrarían; que real y verdaderamente él no era como los otros hombres: que todo era de vidrio de pies a cabeza”²³.

No obstante su demencia, el personaje de la novela resulta mucho más lúcido que muchos de los que le rodeaban y sus opiniones –en parte gracias a la libertad que le permite su locura– son inusitadamente diáfanas²⁴:

–Yo apostaré que lleva aquel juez víboras en el seno, pistoletes en la cinta y rayos en las manos, para destruir todo lo que alcanzare su comisión. Yo me acuerdo haber tenido un amigo que, en una comisión criminal que tuvo, dio una sentencia tan exorbitante, que excedía en muchos quilates a la culpa de los delincentes. Preguntéle que por qué había dado aquella tan cruel sentencia y hecho tan manifiesta injusticia. Respondióme que pensaba otorgar la apelación, y que con esto dejaba campo abierto a los señores del Consejo para mostrar su misericordia, moderando y poniendo aquella su rigurosa sentencia en su punto y debida proporción. Yo le respondí que mejor fuera haberla dado de manera que les quitara de aquel trabajo, pues con esto le tuvieran a él por juez recto y acertado.

El cuerdo en su casa (1615) de Lope de Vega: La comedia de enredo amoroso que recuerda el refranero popular: “Sabe más el loco en su casa que el cuerdo en la ajena” y que invita a atender los propios asuntos –especialmente los relativos a la pareja– en vez de los ajenos, tiene como uno de sus protagonistas a Leonardo, que es licenciado en leyes.

En la obra, el Fénix se aprovecha de los prejuicios populares contra los abogados –no necesariamente infundados– para hacer reír con refinado ingenio al público y, quizás, experimentar una especie de catarsis a costa del personaje

²³ Miguel de Cervantes, *Op. cit.*

²⁴ José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, “Cervantes y los juristas: Esbozo de una guía historiográfica”. *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 2 (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005) 47-130.

del petulante marido, ajeno a la realidad del vulgo²⁵. En este sentido, resulta relevante la comparación que hace Mendo, vecino de Leonardo, para resaltar la particularidad y distancia del abogado: “Vos, letrado; yo, ignorante; | vos, hidalgo; yo, villano; | será nuestro trato en vano, | no hallaremos semejante: | yo hablaré de mis labores, | y vos, de libros y leyes; | vos, de negocios de reyes: | yo, de humildes labradores”²⁶.

También resultan tan interesante como divertidas, los ejemplos de galimatías del letrado, que como el “revesado” de los pícaros hacen que lo dicho resulte ininteligible para el común: “Hay un escrito de aquesto | del gran César a Antonino; | de Valente a Valentino | se lee lo mismo en un texto: | Códice de dignidad, | ley trece”.

La fábula de Píramo y Tisbe (1618) de Luis de Góngora: Recurriendo a la conocida tragedia de los amantes babilonios Píramo y Tisbe, recogida por Publio Ovidio Nasón (43 a.C.-17 d.C.) en su *Metamorfosis* y tantas veces emulada después, el poeta andaluz critica la futilidad de los jóvenes que valoran tan poco la vida y se suicidan al creer falsamente perdido aquello que anhelan apasionadamente.

Para sustraer al poema de un lenguaje que pudiera mover al lector sensible a la compasión de unos personajes que el autor juzga de necios y egoístas, Góngora recurre a términos forenses, como redactando un expediente, que aunque hoy nos parecen usuales, en la época eran claramente extraños y propios del lenguaje jurídico, verbi gratia: apelar, inquirir, restituir, etc²⁷. Claros ejemplos de ello son los siguientes versos: “Intimado el entredicho | de un ladrillo y otro duro, | llorando Píramo estaba | apartamientos conjuntos”²⁸ y “Otorgó al fin el infausto | avocamiento futuro, | y citando la otra parte, | sus mismos autos reposito”.

La vida del Buscón (1626) de Francisco de Quevedo: Obra picaresca, en la que se narran las aventuras de Pablos de Segovia, enfrentado en varias ocasiones al ámbito judicial: sus padres fueron ajusticiados por ladrón y

²⁵ Faustino Martínez Martínez, “El derecho común en la obra de Lope de Vega: unos breves apuntes”, *Opinión Jurídica*, 4, 8 (Medellín: Universidad de Medellín, 2005) 131-144. También, Anne Cayuela, “Lope de Vega y los libros de Derecho en la república literaria del siglo XVII”. *E-Spania: Revue électronique d'études hispaniques médiévales*, 38 (París: Université Paris-Sorbonne – CLEA, 2021) <https://journals.openedition.org/e-spania/38836>, consultado el 13 de septiembre de 2021.

²⁶ Lope de Vega, “El cuervo en su casa. La reina Juana de Nápoles. El duque de Visco. El secretario de sí mismo”. *Comedias de Lope de Vega*, VI, II. (Lérida: Milenio Publicaciones, 2005) 532 pp.

²⁷ Antonio Pérez Lasheras, “Góngora y el Derecho: A propósito de la Fábula de Píramo y Tisbe”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3 (Madrid: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1986) 501-515.

²⁸ Luis de Góngora, *Antología poética*. Edición de Antonio Carreira (Barcelona: Crítica, 2009) 720 pp.

bruja respectivamente, su tío era verdugo y él mismo, formó parte de una cofradía de pícaros y rufianes, por lo cual sufrió persecución y cárcel. Tratando de huir de su miserable suerte, Pablos busca fortuna en las Indias, de donde vuelve fracasado, “(...) pues nunca mejora su estado quien muda solamente de lugar, y no de vida y costumbres”²⁹.

De manera sarcástica, Quevedo equipara a los jueces con los ladrones: “Quien no hurta en el mundo, no vive. ¿Por qué piensas que los alguaciles y alcaldes nos aborrecen tanto? (...) porque no querrían que adonde están hubiese otros ladrones sino ellos y sus ministros”. Su denuncia de la corrupción judicial³⁰, es confirmada en otras dos composiciones: Arroja las balanzas, sacra Astrea, aparecida en *El parnaso español: Monte en dos cumbres, dividido con las nueve musas castellanas* (1648), y el soneto *Las leyes con que juzgas, ¡oh Batino!*, publicado por primera vez en *Obras de Don Francisco de Quevedo y Villegas: colección completa* (1877). En el primero critica lo duro del sistema penitenciario: “(...) La Parca eres, fatal, para las vidas: | pues lo que hilaron otras has deshecho | y has vuelto las balanzas homicidas”. Mientras en el segundo denuncia la ignorancia y corrupción de los jueces: “(...) El humano derecho y el divino, | cuando los interpretas, los ofendes, | y al compás que la encoges o la extiendes, | tu mano para el fallo se previno (...)”³¹.

El alcalde de Zalamea (1651) de Pedro Calderón de la Barca:

En la obra, el célebre dramaturgo recrea los sucesos de la extremeña Zalamea de la Serena, al paso de las tropas del rey Felipe II durante la Guerra de Portugal (1580). El alcalde del pueblo, el plebeyo Pedro Crespo, tiene una hermosa hija llamada Isabel que, cual Lucrecia, es ultrajada por el capitán don Álvaro de Ataíde. Ante la negativa del ruin militar de reparar con el sacramento matrimonial la deshonra de la muchacha a causa de la diferencia de clases —“¿Qué opinión tiene un villano?”—, “¿Qué más consuelo queréis, pues con la vida volvéis?” o “Ah, villanos con poder!”³²—, Pedro Crespo utiliza su posición política para vengarse del indigno caballero.

En el desarrollo de la obra se plantea el problema de los fueros y las desigualdades que implicaban para el pueblo llano frente a hijosdalgo y militares,

²⁹ Francisco de Quevedo, *El Buscón*. Edición de Domingo Yndurain (Madrid: Cátedra, 2006) 320 pp.

³⁰ David Felipe Arranz Lago, “Tiempo de sospecha: Francisco de Quevedo y Baltasar Gracián en la encrucijada ética. *La ética y el derecho en la producción y el consumo del entretenimiento*. Fundación (Valencia: Fundación Coso de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2006) 95-110.

³¹ Francisco de Quevedo, *El Parnaso español*, 2 tomos. Edición de Ignacio Arellano (Madrid: Espasa, 2020) 1936 pp.

³² Pedro Calderón de la Barca, *El alcalde de Zalamea*. Edición de Ángel Valbuena-Briones (Madrid: Cátedra, 2005) 208 pp

de allí que Álvaro de Ataide alegue reiteradamente que el alcalde de Zalamea no tiene jurisdicción para aprenderlo y juzgarlo por su crimen. De la misma opinión es don Lope de Figueroa, basado en el personaje histórico Lope de Figueroa y Zapata (1520-1585), prototipo del buen militar, quien a pesar de lamentar el suceso niega que los villanos tengan honor: “¿Sabéis que estáis obligado a sufrir, por ser quien sois, estas cargas?”.

Ante esta situación, quizás la frase más aplaudida de la obra sea la defensa de la dignidad del alcalde y de su hija: “Al rey la hacienda y la vida | se ha de dar; pero el honor | es patrimonio del alma, | y el alma sólo es de Dios”. Al final, Calderón apela al *Deus ex machina*, haciendo llegar a Zalamea al mismísimo rey Felipe II, quien ante la condena a muerte y ejecución de Álvaro y los disturbios que ello genera, termina por sentenciar: “Don Lope, aquesto ya es hecho, | bien dada la muerte está; | que errar lo menos no importa | si así acertó lo principal”.

IV. Una biblioteca jurídica según Lope de Vega

Volviendo a *El cuerdo en su casa* de Lope de Vega, es de destacar el pasaje en el cual Mondragón –alcahuete de Fernando, rival de Leonardo– intenta entrar en la casa del letrado, con la excusa de ofrecerle en venta una serie de libros de Derecho, compuesta por autores que aunque hoy son apenas reconocibles, prueban la cultura jurídica del Fénix y la familiaridad del público con éstos. El aludido fragmento es el siguiente: “Esta lista le daréis: | hay Odofredos y Dinos, | Oldrados, Bártulos, Baldos, | Paulos, Castrenses, Ubaldos, | Albericos y Aretinos, | Decios, Jasones, Rosatos, | Curcios, Decios, Amodeos, | Fulgosios, Ripas, Budeos, | Tiraquelos, Purpuratos | y otros mil.

De una investigación sobre los nombres listados, basada en inventarios de bibliotecas jurídicas contemporáneas a Lope de Vega³³ y la importante colaboración de Enrico Besta (1874-1952) –profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Sassari– en la reconocida *Storia del Diritto Italiano*³⁴, siguiendo el orden esbozado por el dramaturgo en su obra, podemos identificar los autores como sigue:

En el primer grupo aparecen Odofredo Denari (muerto en 1265), miembro de la segunda generación de los glosadores, conocido por las noticias que

³³ Francisco Cantera y Burgos, “Una biblioteca jurídica y unos juristas desconocidos”. *Anuario de la Historia del Derecho Español*, 23 (Madrid: Real Academia de la Historia, 1953) 95-118 y Antonio Espino López, “Las bibliotecas de los juristas catalanes en la primera mitad del siglo XVII: El caso de don Narcís Garbí”. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 73 (Madrid: Real Academia de la Historia, 2003) 545-574.

³⁴ Pasquale Del Giudice, Enrico Besta y Giuseppe Salvioli, *Storia del diritto italiano*, volumen I (Milán: Ulrico Hoepli, 1923-27) XVI-958 pp.

dejó sobre la Escuela de Bolonia, y Dinus o Dino de Mugello, también llamado de Rossonibus (1254-1303), jurisconsulto y profesor toscano en Bolonia y Pistoia. Fue el primero en recibir un estipendio público. En 1298, a petición del papa Bonifacio VIII (1235-1303) recopiló en 6 libros los decretales de los pontífices sobre cuestiones de disciplina.

En el segundo grupo se menciona a Oldrado da Ponte (muerto en 1334), jurisconsulto y profesor en Bolonia y Padua, autor de numerosas “quaestiones” y “consilia” en Utrumque Ius –Francesco Petrarca (1304-1374) lo consideró el jurista más ilustre de su tiempo–; Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), considerado uno de los juristas más influyente de todos los tiempos, enseñó en Pisa y Perusa, escribió importantes comentarios al Corpus Iuris Civilis y es el creador de conceptos jurídicos como el conflicto de leyes; así como Baldo degli Ubaldi (1327-1400), alumno del anterior, profesor en Bolonia, Perugia, Pisa, Florencia, Padua y Pavía.

En el tercer grupo, aparece un Paulo, que puede referirse a Julio Cornelio Paulo Prudentísimo, en latín “Julius Cornelius Paulus Prudentissimus”, uno de los más influyentes y distinguidos juristas romanos y pretor en la época de los Severos. Las “Pauli Sententiae” atribuidas al jurisconsulto romano, fueron publicadas en Lovaina, en 1517, y por Jacobo Cuyacio o Cujas (1522-1590), en 1586. Existen otras ediciones en 1594 y 1599³⁵. También puede tratarse de otro Paulo o Paolo, pero di Castro (siglo XV), que sigue a continuación en el pasaje, discípulo de Baldo degli Ubaldi y profesor en Siena y Florencia. Baldo degli Ubaldi, antes mencionado, tuvo hermanos juristas como Angelo degli Ubaldi y Pietro degli Ubaldi, es decir, los “Ubaldos”.

En el cuarto grupo se refiere a Alberico Gentili (1552-1608), quien se desempeñó como abogado defensor de la embajada de España en Londres y como Profesor Regius –el primero no inglés– de Derecho Civil en la Universidad de Oxford. Es reconocido como uno de los fundadores del Derecho Internacional Público. También se menciona a Francesco Accolti, llamado el Aretino (1416-1488), profesor en Bolonia, Ferrara, Siena y Pisa.

En el quinto grupo, se hace mención a Filippo Decio (1454-1535), jurista milanés, quien tuvo un hermano jurista también, llamado Lancillotto; a Giasone de Mayno o Jasón de Mayno (1435-1519), jurista italiano, discípulo del anterior; a Alberico da Rosate o Rosciate (1290-1360), jurista famoso por sus amplios comentarios al Digesto y al Código, discípulo de Oldrado da Ponte.

³⁵ Julio Paulo, *Sentencias a su hijo, Libro I: Interpretatio*. Versión de Martha Patricia Irigoyen Troconis (México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987) XL-230 pp.

En el sexto grupo se refiere a Francus Curtius, llamado el Joven, autor de *Consilia* (1551) e *In Codicem* (1552); Signorolus de Homodeis o Signorolo Omodei (1308-1371), jurista milanés como su hijo, Signorino de Amadeo (1350-1419), jurista nacido en Lugano y profesor en Pavía.

En el séptimo grupo se cita a Raffaele Fulgosio (1367-1427), jurista placentino comentarista del Digesto y el Código; a Joannes Franciscus de Sancto Nazario de Ripa o simplemente Juan Francisco Ripa, autor de *Lectura super titulo de iudiciis in sex repetitiones - Tractatus de Peste - Consilia* (1564); y, Guglielmus Budaeus o Guillaume Budé (1467-1540), helenista, jurista y humanista parisino.

Finalmente, en el octavo grupo habla de André Tiraqueau (1488-1558), fontenaisino que escribió sobre la capacidad de la mujer y el Derecho de Familia —fue protector de François Rabelais (1483-1553)—; y de Giovanni Francesco Porporato (1485-1544), jurista turinés, autor de comentarios a las Instituciones y el Código de Justiniano. Con estos pensadores y sus obras, bien se puede seguir el desarrollo de la ciencia jurídica desde Roma hasta la Modernidad. El conjunto de sus nombres, ordenados de forma que rimen, aunque hecho aposta para divertir, hoy representa una curiosa piedra negra que nos recuerda la mejor doctrina jurídica de todos los tiempos y, al mismo tiempo, nos advierte sobre el peligro de que los mismos abogados la olviden con el paso del tiempo.

Corroborando su lista de juristas, Lope de Vega repitió el experimento en *A la molestia de los pleitos*, publicado en *Rimas humanas y divinas* (1624): “¡Oh monte de papel y de invenciones! | Si pluma te hace y pluma te atropella, | ¿Qué importan Dinos, Baldos, y Jasones? | Oh justicia, oh verdad, oh virgen bella | ¿Cómo entre tantas manos y opiniones | Puedes llegar al tálamo doncella?³⁶.”

V. Conclusiones

Cuando Cervantes, Vega, Góngora, Quevedo y Calderón recrearon el mundo en sus geniales obras, las llamadas Indias ya se encontraban en el horizonte y así como éstas influyeron profundamente en el espíritu de la época, revisar expresiones artísticas como la literatura es útil para comprender a América en general y a la Tierra Firme, a Venezuela, en particular.

Recuérdese que durante el mayor esplendor de nuestra cultura, durante el Siglo de Oro español, Venezuela formó parte de la Monarquía Hispánica. Las

³⁶ Lope de Vega, *Rimas humanas y divinas del licenciado Tomé de Burquillos*. Edición de Macarena Cuiñas Gómez (Madrid: Cátedra, 2008) 618 pp.

instituciones, el orden implantado en el Nuevo Mundo, origen de nuestros ordenamientos jurídicos y la sensibilidad de los mejores exponentes de aquel tiempo, es una excelente forma de conocer las bases de nuestro sistema jurídico.

Partiendo de las justas críticas a la corrupción de los jueces y sus auxiliares y el desfase entre la ley formal y la ley material –tan clara en la tergiversación del pase foral y su equivalente en el Derecho indiano: “Se acata, pero no se cumple”–; el humanismo imperante y la sobriedad del piadoso estilo de los cinco Habsburgo, sembraron la antigua idea de la bondad de la ley y de los principios que desde Roma se asociaron al Derecho: “Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (Digesto 1, 1, 10, 1: Ulpianus, 1 Regularum) y más radicalmente: “Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur” (Digesto 1, 5, 4, 1: Florentinus, Institutionum 9).

La mejor literatura del Siglo de Oro español nos muestra que los hombres de leyes, los “letrados”, se formaron siguiendo la lectura de los autores más destacados del Derecho Romano clásico, como Paulo: “(...) jurisconsulto soberano, | Que del César de eterna monarquía | Y el Supremo Pontífice tenía | Todo el derecho en la divina mano (...)”³⁷; así como del renacimiento jurídico representado por los glosadores que estudiaron en las primeras universidades de la Edad Media, en Bolonia y en París, pudiéndose afirmar que Bártolo de Sassoferrato, por ejemplo, no solo es el pilar del Derecho europeo, sino también del Derecho latinoamericano.

Por último, así como la literatura nos habla del Derecho, el Derecho que se sirve de la lengua hablada y sobre todo escrita, no debe desdeñar el bien decir y escribir, sino todo lo contrario. Al respecto, Lope de Vega elogiaba a Francisco de la Cueva y Silva (1550-1621) y a Gonzalo Mateo de Berrío (1554-1609), quienes al igual que Dino de Mugello y Andrea Alciato (1492-1550) cortejaron tanto a Temis como a Erato, conjugando magistralmente las normas y las rimas³⁸.

³⁷ Lope de Vega, *Laurel de Apolo*. Edición de Antonio Carreño (Madrid: Cátedra, 2007) 520 pp.

³⁸ Lope de Vega, *La Dorotea*. Edición de José Manuel Blecua (Madrid: Cátedra, 2002) 487 pp.

Incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación de laudos CIADI

Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes*

pp. 357-389

Recibido: 03 oct 2021

Aceptado: 13 dic 2021

Sumario

Introducción | II. Nociones generales sobre el procedimiento de anulación en el CIADI | III. Constitución del tribunal arbitral | IV. Incorrecta constitución del tribunal como causal de anulación | 1. Estándar de revisión al existir una decisión previa sobre la recusación de alguno de los árbitros del tribunal original | 2. Pertinencia de la solicitud de anulación en razón del conocimiento sobrevenido de hechos | 3. Ausencia de una decisión previa por conocimiento sobrevenido de hechos: revisión *de novo* | V. Eiser v. España | 1. Pertinencia de la acción de anulación | 2. Estándar aplicable | a. ¿Hubo renuncia al derecho de plantear la objeción porque la parte en cuestión no lo hizo con suficiente celeridad? | b. ¿El solicitante demostró que una evaluación razonable de los hechos del caso por un tercero concluiría que se demostró una apariencia evidente u obvia de falta de imparcialidad o independencia del árbitro? | c. ¿La falta

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014). Miembro de la Barra del Estado de Nueva York, donde ha ejercido el derecho por más de ocho años en asuntos corporativos, derecho comercial internacional, arbitraje comercial y de inversiones. Este artículo refleja exclusivamente la opinión del autor

de imparcialidad o independencia pudo haber tenido un efecto sustancial en el laudo? | 3. Decisión | VI. Conclusiones

Incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación de laudos CIADI

Resumen: El autor se refiere a la incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación del laudo según el Convenio CIADI. Presenta una visión panorámica sobre el mecanismo de anulación en el CIADI y su marco regulatorio. En su artículo examina los requisitos y el procedimiento para la constitución del tribunal arbitral para luego explicar la causal de anulación establecida en el artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI. El autor analiza el debate en la jurisprudencia arbitral internacional sobre el estándar de revisión aplicable en procedimientos de anulación ante una decisión sobre la recusación de un árbitro del tribunal original, la pertinencia de la acción de anulación ante el conocimiento sobrevenido de hechos que atenten contra la constitución del tribunal y, de ser el caso, el estándar de revisión aplicable. Por último, examina los hechos, los alegatos y la decisión del primer caso en la historia del CIADI donde se anuló un laudo por incorrecta constitución del tribunal arbitral.

Palabras Claves: Resolución alternativa de conflictos | Arbitraje | Anulación | Conflictos de interés | Imparcialidad | Independencia.

Improper constitution of the arbitral tribunal as ground for annulment of ICSID awards

Abstract: The author examines the improper constitution of the arbitral tribunal as ground for annulment under the ICSID Convention. He provides an overview of the ICSID annulment procedure and its legal framework. In his article, he explains the rules and requirements regarding the constitution of arbitral tribunals to ascertain the ground for annulment of Article 52(1)(a) of the ICSID Convention. The author analyzes the debate under international arbitral decisions on the applicable standard in annulment proceedings in case of a prior decision on the challenge of one of the members of the original arbitral tribunal. He then analyzes the issue of whether a party can request the annulment of an award when it becomes aware of the facts concerning the improper constitution of the arbitral tribunal after the arbitral proceedings were closed and, if so, the applicable legal standard. Finally, he examines the facts, legal arguments, and the decision of the *ad hoc* committee in the case in which for the first time in ICSID's history an award was annulled on the basis of improper constitution of the arbitral tribunal.

Key Words: Alternative dispute resolution | Arbitration | Annulment | Conflict of interest | Impartiality | Independence.

I. Introducción

El laudo arbitral, independientemente del país donde se haya emitido, se presume válido y obligatorio¹. Por supuesto, ello no impide que, de acuerdo con las circunstancias del caso, las partes puedan solicitar su anulación para lo cual, al menos en principio, deberán presentar su solicitud conforme a las causales de la legislación nacional de la sede del arbitraje y ante sus tribunales según lo establecido en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)².

Ahora bien, en materia de arbitraje de inversiones bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) se prevé un régimen especial para el procedimiento de anulación. En efecto, además de la presunción de validez de los laudos arbitrales, el Convenio CIADI establece un mecanismo interno, autónomo, independiente y exclusivo para la resolución de las solicitudes de anulación contra laudos CIADI. Estas solicitudes, conforme al precitado Convenio, sólo se podrán tramitar ante un comité *ad hoc* de anulación designado por el CIADI, sin que pueda un tribunal del país de la sede del arbitraje anular el laudo³.

Al ser el recurso de anulación un mecanismo extraordinario y limitado, el Convenio CIADI prevé las causales taxativas por las cuales se puede ejercer el

¹ Al respecto, véase: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial, 1985 (reformada en 2006), artículo 35(1), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf; Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, 1965, artículo 53(1), <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>. El Convenio CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

² Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, artículo V.1(e), <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>. La Convención de Nueva York entró en vigor el 7 de junio de 1959. Para un análisis detallado de las causales de anulación y la jurisdicción aplicable conforme a la Convención de Nueva York, véase: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2da ed. (Kluwer Law International, 2014), pp. 1677-1680, 3423-3241 y 3448-3449.

³ Convenio CIADI, artículos 50-53. Además de la solicitud de anulación, el Convenio CIADI prevé tres recursos taxativos que se pueden ejercer, según el caso, luego de la emisión del laudo. Estos son: decisión suplementaria o rectificación (para decidir cualquier punto que se haya omitido resolver en el laudo o para corregir errores materiales, aritméticos o similares), aclaración o interpretación (para clarificar un aspecto del laudo en caso de que surja una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del mismo) y revisión (por el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo). Consúltese: Veijo Heiskanen y Laura Halonen, "Post-Award Remedies," en *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide*, ed. Chiara Giorgetti (Brill/Nijhoff, 2014), pp. 498, 523-526.

mismo⁴. En este sentido, las causales más invocadas han sido la extralimitación manifiesta de funciones, la falta de motivación y el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. De acuerdo con un reciente estudio estadístico sobre procedimientos de anulación en el CIADI, estas causales también han sido las más exitosas⁵. Con mucha menor frecuencia se ha invocado la incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación y, hasta el segundo trimestre del 2020, todas las solicitudes por incorrecta constitución del tribunal habían sido desestimadas. No obstante, en junio de 2020 el comité *ad hoc* de anulación en el caso *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, por primera vez en la historia del CIADI, anuló un laudo sobre la base de una incorrecta constitución del tribunal arbitral⁶. Por ello, consideramos pertinente examinar el estándar aplicable a esta causal bajo la regulación existente y la práctica arbitral, los desafíos y debates que la misma plantea, así como los hechos, alegatos y la decisión del comité *ad hoc* de anulación en el caso *Eiser*⁷.

II. Nociones generales sobre el procedimiento de anulación en el CIADI

El Convenio CIADI consagra al principio de finalidad y obligatoriedad de los laudos en los siguientes términos: “el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación, ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio.”⁸. Una de las excepciones a este principio es

⁴ Convenio CIADI, artículo 52(1).

⁵ British Institute of International and Comparative Law y Baker Botts LLP, *Empirical Study: Annulment in ICSID Arbitration* (2021), p. 15, https://www.biiicl.org/documents/10899_annulment-in-icsid-arbitration190821.pdf; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo administrativo del CIADI* (2016), Anexo 2: Causales de anulación invocadas en procedimientos concluidos (2016), <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20SPA.pdf>.

⁶ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España de fecha 11 de junio de 2020, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3286/DS14433_Sp.pdf.

⁷ Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia arbitral internacional utiliza indistintamente los términos nulidad y anulación; en el presente trabajo al referirnos al recurso contra laudos CIADI nos inclinamos por el uso del vocablo anulación siguiendo la terminología del Convenio CIADI y del Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, salvo en caso de citas textuales.

⁸ Convenio CIADI, artículo 53(1).

precisamente el recurso de anulación previsto en el artículo 52 del Convenio CIADI⁹.

A diferencia de la apelación (prohibida por el Convenio CIADI), el procedimiento de anulación pretende invalidar o confirmar el laudo original, sin que pueda modificarse o sustituirse por una nueva decisión¹⁰. El ámbito del procedimiento de anulación se circunscribe a las causales establecidas en el Convenio CIADI. Estas causales versan sobre la integridad y legitimidad del laudo, así como del procedimiento arbitral subyacente. Por ende y contrariamente a lo que sucede en un procedimiento de apelación, el comité *ad hoc* no está facultado para revisar el fondo del laudo más allá de examinar la presencia de alguna de las causales de anulación¹¹.

El artículo 52(1) del Convenio CIADI prevé las siguientes causales taxativas de anulación: (a) incorrecta constitución del tribunal arbitral, (b) extralimitación manifiesta de funciones, (c) corrupción de algún árbitro, (d) quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y (e) falta de expresión de los motivos en que se fundamente la decisión¹².

El lapso para presentar la solicitud de anulación es de 120 días contados desde la fecha en que se emitió el laudo¹³. En caso de corrección posterior al laudo, el período comenzará a contar desde su corrección¹⁴. Si se alegase como

⁹ Convenio CIADI, artículo 52. Como se señaló, los otros recursos que prevé el Convenio CIADI son: decisión suplementaria o rectificación (artículo 49(2) del Convenio CIADI), aclaración o interpretación (artículo 50 del Convenio CIADI) y revisión (artículo 51 del Convenio CIADI).

¹⁰ Si un comité *ad hoc* anula todo o parte de un laudo, cualquiera de las partes podrá someter la disputa a un nuevo tribunal arbitral. Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, Regla 55(1) <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/partFchap07.htm>. Las Reglas de Arbitraje fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI en 1967 y entraron en vigor el 1 de enero de 1968. A la fecha, las Reglas de Arbitraje se han modificado en tres ocasiones, siendo la última reforma la del año 2006.

¹¹ Al respecto, véase: David Caron, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal," *ICSID Review – Foreign Investment Law*, Vol. 7, No. 1 (Primavera 1992), pp. 21-56; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), pp. 901-903.

¹² Convenio CIADI, artículo 52(1). Para una visión panorámica de las causales de anulación previstas en el Convenio CIADI y su aplicación práctica, véase: Kateryna Bondar, "Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review," *Journal of International Arbitration*, Vol. 32 No. 6 (2015), pp. 634-644, 650-658, 661-670; Arif Hyder Ali, Jane Wessel, et al., *The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes* (Kluwer Law International, 2019), pp. 550-553; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Dispute Settlement: ICSID, Post-Award Remedies and Procedures* (Ginebra 2003), pp. 17-24.

¹³ Convenio CIADI, artículo 52(2); Regla de Arbitraje 50(3)(b)(i).

¹⁴ Convenio CIADI, artículo 49(2); Regla de Arbitraje 50(3)(b)(i).

causal la corrupción del árbitro, el período se computará desde el descubrimiento de tal circunstancia, en el entendido de que dicha solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de emisión del laudo¹⁵.

La solicitud de anulación deberá presentarse en un escrito dirigido al Secretario-General del CIADI identificando las causales en que se basa y el laudo objeto de impugnación¹⁶. Con la solicitud de anulación, el solicitante deberá pagar los derechos de registro que, a la fecha, ascienden a US\$25,000¹⁷. El escrito puede incluir una solicitud de suspensión provisional de la ejecución del laudo. En este caso, con el registro de la solicitud de anulación se suspenderá temporalmente la ejecución del laudo hasta que el comité *ad hoc* decida, luego de oír a las partes, mantener o levantar dicha suspensión¹⁸.

Al recibir la solicitud de anulación y el pago de los derechos, el Secretario-General procederá a su registro y a notificar a las partes¹⁹. En caso de que se haya solicitado la suspensión de ejecución del laudo, el Secretario-General deberá indicarle a las partes que la ejecución del mismo ha quedado suspendida hasta que el comité *ad hoc* decida lo conducente²⁰. Posteriormente, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI procederá a designar de la Lista de Árbitros del CIADI a tres individuos que constituirán el comité *ad hoc* de anulación. Los miembros del comité deberán ser independientes e imparciales y no pueden haber formado parte del tribunal arbitral que dictó el laudo²¹. Una vez que todos los miembros del comité *ad hoc* acepten su designación, se entenderá que el mismo ha quedado constituido, lo cual le será notificado a las partes²².

¹⁵ Convenio CIADI, artículo 52(2); Regla de Arbitraje 50(3)(b)(ii).

¹⁶ Convenio CIADI, artículo 52(1); Regla de Arbitraje 50(1)(a)-(b) y c(iii). Es importante tener presente que la solicitud de anulación debe presentarse después que se emita el laudo del procedimiento arbitral. Si bien puede ocurrir que decisiones procesales emitidas durante el procedimiento adolezcan de vicios que constituyan causales de anulación, el solicitante debe esperar que se emita el laudo final para presentar su solicitud. En ese momento se entenderán incorporadas al laudo todas las decisiones anteriores. En caso contrario, la Secretaría General no registrará la solicitud de anulación. Al respecto, véase: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo administrativo del CIADI* (2016), pp. 11-12.

¹⁷ “Derechos, Honorarios y Cargos (a partir del 1 de julio de 2020),” Secretaría General del CIADI, <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/contenido/derechos-honorarios-cargos>; Regla de Arbitraje 50(1)(d); Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, Regla 16.

¹⁸ Convenio CIADI, artículo 52(5); Regla de Arbitraje 54.

¹⁹ Regla de Arbitraje 50(2).

²⁰ Regla de Arbitraje 54(2).

²¹ Convenio CIADI, artículo 52(3) y 14(1); Regla de Arbitraje 52(1).

²² Regla de Arbitraje 52(2).

El procedimiento de anulación se rige *mutatis mutandi* por las Reglas de Arbitraje del CIADI²³. En este sentido, ordinariamente se celebra una primera sesión para que las partes y el comité discutan asuntos de carácter procesal como, por ejemplo, el idioma, número de escritos, calendario, etc. Además, es común que el procedimiento incluya dos rondas de escritos, una audiencia oral, la posibilidad de escritos posteriores a la audiencia y declaración de costas. Asimismo, de solicitarse la suspensión provisional del laudo (bien con la solicitud de anulación o durante el curso del procedimiento), se suele prever un intercambio de escritos sobre la materia para que el comité escuche los argumentos de las partes y emita su decisión al respecto²⁴.

El procedimiento de anulación finaliza con la decisión del comité *ad hoc* que podrá declarar sin lugar la solicitud de anulación o, por el contrario, anular total o parcialmente el laudo. El procedimiento también podrá terminar por acuerdo entre las partes o por discontinuación por falta de pago²⁵. De anularse total o parcialmente el laudo, cualquiera de las partes podrá plantear la controversia ante un nuevo tribunal arbitral²⁶.

III. Constitución del tribunal arbitral

Antes de examinar la incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación, es necesario explicar brevemente el proceso y la regulación de la constitución del tribunal arbitral ya que, como es de suponer, repercuten en el alcance y significado de la causal de anulación. En este sentido, la sección 2 del Capítulo IV del Convenio CIADI intitulada “Constitución del Tribunal”

²³ Regla de Arbitraje 53; Convenio CIADI, artículo 52(4).

²⁴ Para un examen detallado del procedimiento de anulación en el CIADI, véase: R. Doak Bishop y Silvia M. Marchili, *Annulment under the ICSID Convention* (Oxford University Press, 2012), pp. 213-233; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento actualizado de antecedentes...*, pp. 11-23; Philippe Pinsolle, “The Annulment of ICSID Arbitral Awards,” *The Journal of World Investment*, Vol. 1, No. 2 (2000), pp. 245-247.

²⁵ Convenio CIADI, artículos 52(4) y 48; Reglas de Arbitraje 43-45; Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, Regla 14(3)(d)-(e). Como es de suponerse, la suspensión temporal de ejecución del laudo terminará automáticamente en la fecha en que se dicte una decisión final sobre la solicitud de anulación, salvo en el caso de nulidad parcial de un laudo donde el comité tendrá la facultad de ordenar la suspensión temporal de ejecución de la parte no anulada del laudo. Al respecto, véase: Regla de Arbitraje 54(3).

²⁶ Convenio CIADI, artículo 52(6); Regla de Arbitraje 55.

y el Capítulo I de las Reglas de Arbitraje intitulado “Establecimiento del Tribunal” establecen los requisitos y el procedimiento para la constitución del tribunal arbitral²⁷.

A grandes rasgos, las precitadas secciones regulan: (i) el número de árbitros (uno o número impar)²⁸, (ii) el método de su designación (según lo acuerden las partes y, en ausencia de ello, el tribunal estará formado por tres árbitros, uno designado por cada parte y el tercero de común acuerdo)²⁹, (iii) la designación de árbitros por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI (en caso de que el tribunal no se hubiese constituido dentro de los 90 días posteriores a la notificación del registro de la solicitud de arbitraje o del plazo acordado por las partes, el Presidente del Consejo Administrativo, a petición de cualquiera de las partes, nombrará a los árbitros que aún no hubiesen sido designados)³⁰, (iv) la nacionalidad de los árbitros (la mayoría de los árbitros no podrán tener la misma nacionalidad del Estado parte en el arbitraje ni del inversionista, salvo que cada uno de los árbitros se designe de común acuerdo por las partes. Además, cuando el tribunal esté compuesto por tres miembros, no podrán las partes designar como árbitro a nacionales del Estado demandado o del inversionista, salvo que sea de común acuerdo)³¹, (v) el período para la aceptación del árbitro de su nombramiento (15 días)³², (vi) el contenido de la declaración que deben firmar los árbitros (donde, entre otros aspectos, indican que no existen motivos que comprometan su juicio, revelan aquellas circunstancias que podrían cuestionar su imparcialidad y se comprometen a revelar cualquier otra que surja en el futuro)³³, y (vii) el fallecimiento, incapacidad, renuncia o recusación de los árbitros, así como los procedimientos a seguir en esas situaciones³⁴.

Por su parte, el artículo 14 del Convenio CIADI (al que remite expresamente el artículo 40 de la sección 2 del Capítulo IV) establece las cualidades que deben tener los árbitros para ser designados como tal. Así, los árbitros deberán: (i) gozar de amplia consideración moral, (ii) tener reconocida competencia en el

²⁷ Convenio CIADI, artículos 37 – 40; Reglas de Arbitraje 1-12. Para un examen detenido de estas disposiciones, véase: Lucy Ferguson Reed, Jan Paulsson, et al., *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2010), pp. 130-137.

²⁸ Convenio CIADI, artículo 37; Regla de Arbitraje 2.

²⁹ Convenio CIADI, artículo 37; Reglas de Arbitraje 2-3.

³⁰ Convenio CIADI, artículo 38; Regla de Arbitraje 4.

³¹ Convenio CIADI, artículo 39; Regla de Arbitraje 1(3). Igualmente se establecen limitaciones a la nacionalidad de los árbitros cuando su designación la haga el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI. Véase: artículo 38 del Convenio CIADI y Regla de Arbitraje 3(1).

³² Regla de Arbitraje 5.

³³ Regla de Arbitraje 6(a).

³⁴ Convenio CIADI, artículos 56-58; Reglas de Arbitraje 7-12.

campo jurídico, comercial, industrial o financiero, e (iii) inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio³⁵.

La versión en inglés del artículo 14 del Convenio CIADI exige a los árbitros “*independent judgment*” (juicio independiente)³⁶, mientras que la versión en castellano difiere ligeramente y requiere “imparcialidad de juicio”. Como ambas versiones son igual de auténticas, los tribunales arbitrales han reconocido de manera general que la norma de este artículo exige tanto la imparcialidad como la independencia de los árbitros³⁷.

IV. Incorrecta constitución del tribunal como causal de anulación

La incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación del laudo se encuentra prevista en diversos instrumentos normativos como, por ejemplo, el Convenio CIADI³⁸, la Convención de Nueva York³⁹, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁴⁰ y en nuestro país en la Ley de Arbitraje Comercial⁴¹. En el presente trabajo examinaremos el tema bajo el régimen del Convenio CIADI y su aplicación en la práctica arbitral.

³⁵ Convenio CIADI, artículos 40 y 14(1).

³⁶ Convenio CIADI, artículo 14(1).

Observación: Esta cita, al igual que las otras de fragmentos en idiomas extranjeros que recojo en este trabajo, son traducidas por mí en forma libre.

³⁷ Por ejemplo, véase: *EDF International S.A., Saur International S.A. y Leon Participaciones Argentinas S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23) (procedimiento de anulación), Decisión de fecha 5 de febrero de 2016, ¶ 108, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C23/DC7432_Sp.pdf; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral de fecha 22 de octubre de 2007, ¶ 28, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C18/DC689_Sp.pdf; *Alpha Projektholding GmbH v. Ucrania*, CIADI (Caso No. ARB/07/16), Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Árbitro Dr. Yoram Turbowicz de fecha 19 de marzo de 2010, ¶¶ 35-36, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C108/DC1450_En.pdf; *Burlington Resources, Inc. v. República de Ecuador*, CIADI (Caso No. ARB/08/5), Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña de fecha 13 de diciembre de 2013, ¶ 65, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C300/DC3972_En.pdf.

³⁸ Convenio CIADI, artículo 52(1)(a).

³⁹ Convención de Nueva York, artículo V.1.d.

⁴⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial, artículo 34(2)(a)(iv).

⁴¹ Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial N° 36.430, publicada el 7 de abril de 1998, artículo 44(c).

El Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI prevé que las partes pueden solicitar la anulación de un laudo arbitral si el tribunal “se hubiere constituido incorrectamente.” Ahora bien, no existe en el Convenio CIADI o en las Reglas de Arbitraje CIADI una disposición expresa que indique qué se entiende por incorrecta constitución del tribunal.

Ante ello, cabe preguntarse si cualquier violación a las normas del Convenio CIADI o a las Reglas de Arbitraje constituye una causal de anulación bajo el artículo 52(1)(a). Por ejemplo, las Reglas CIADI establecen plazos para que las partes propongan el método para el nombramiento de los árbitros (10 días para que el demandante envíe al demandado su propuesta y 20 días desde su recepción para que el demandado acepte o envíe su contrapropuesta) ¿Qué pasa si el demandante o el demandado envían sus propuestas fuera del lapso establecido? ¿se vicia de nulidad todo el procedimiento? La doctrina afirma que si bien nada en el Convenio CIADI requiere que la violación a la norma sea de cierta gravedad, no pareciera razonable que el incumplimiento de una mera formalidad procesal (como lo es el plazo para enviar la propuesta) que no cause ningún daño a las partes, ni menoscabe el debido proceso, constituya *per se* una causalidad de anulación bajo el artículo 52(1)(a)⁴².

La historia de negociación del Convenio CIADI ilustra ciertos escenarios que podrían constituir una incorrecta constitución del tribunal arbitral conforme a las disposiciones del Convenio CIADI. En efecto, al discutirse esta causal se señaló que “estaba destinada a cubrir una variedad de situaciones, tales como la falta de acuerdo o la invalidez del acuerdo de las partes, el hecho de que el inversionista no fuese nacional de un Estado Contratante, que uno de los miembros del Tribunal no tuviese derecho a ser árbitro, etc.”⁴³.

De manera enunciativa, se entiende que el tribunal se constituyó incorrectamente si se viola el acuerdo de las partes sobre el método de constitución del tribunal, si el acuerdo arbitral del cual deriva la jurisdicción del tribunal arbitral es nulo ya que también lo sería la constitución del tribunal arbitral que

⁴² Al respecto, véase: R. Doak Bishop y Silvia M. Marchili, *Annulment under the ICSID Convention* (Oxford University Press, 2012), p. 52.

⁴³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *History of the ICSID Convention, Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Vol. II-2, 2da reimp. (CIADI, 2006), p. 850.

emitió el laudo, o si uno de los árbitros no cumple con los requisitos y calificaciones necesarias para fungir como miembro del tribunal arbitral como, por ejemplo, las referentes a la nacionalidad o la imparcialidad de juicio⁴⁴.

En caso de irregularidades en el procedimiento para la constitución del tribunal arbitral o de inobservancia de las condiciones necesarias para ser árbitro, las partes deberán presentar su objeción con prontitud en el arbitraje subyacente so pena de renunciar al derecho de solicitar la anulación del laudo bajo el artículo 52(1)(a). Ello para evitar que una parte que conozca de un defecto en la constitución del tribunal no haga valer la objeción con el propósito de atacar posteriormente un eventual laudo desfavorable. En este sentido, la Reglas Arbitraje prevén:

Si una parte que sabiendo, o debiendo haber sabido, que no se ha observado alguna disposición... de estas Reglas, o de cualquier otra regla o algún acuerdo aplicable al procedimiento, o alguna resolución del Tribunal, y no objeta con prontitud dicho incumplimiento, se considerará, salvo respecto a lo dispuesto en el Artículo 45 del Convenio [la no comparecencia en el arbitraje no supone la admisión de los hechos alegados por la otra parte] que ha renunciado a su derecho a objetar⁴⁵.

Asimismo, los comités *ad hoc* de anulación han concluido que una parte renuncia a su derecho a invocar hechos en procedimientos posteriores al laudo (como, por ejemplo, en procedimientos de revisión o anulación) si durante el

⁴⁴ Al respecto, consúltese: Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), pp. 935-936; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento actualizado de antecedentes...*, pp. 62-63; R. Doak Bishop y Silvia M. Marchili, *Annulment under the ICSID Convention* (Oxford University Press, 2012), pp. 52-53. Como se aprecia, el cumplimiento de los requisitos y del procedimiento para la constitución del tribunal arbitral es esencial no sólo para el establecimiento del tribunal, sino también para la validez de los actos posteriores que éste emita. En efecto, la inobservancia de las disposiciones sobre la constitución del tribunal arbitral puede comprometer la validez de un eventual laudo arbitral, salvo que se trate, como se señaló, de una mera formalidad procesal que no cause daños a las partes, ni suponga indefensión o violación al debido proceso.

⁴⁵ Regla de Arbitraje 27. Por otra parte, la Regla de Arbitraje 9 prevé que la parte que proponga la recusación de un árbitro debe hacerlo sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento. Si una parte no presenta la recusación en el procedimiento arbitral, está renunciando a su derecho a hacerlo valer en sede de anulación, salvo que se trate de un hecho del cual no haya tenido ni podido tener conocimiento. Como se señaló, las Reglas de Arbitraje se aplican *mutatis mutandis* a todo procedimiento relacionado con la anulación de un laudo conforme a la Regla de Arbitraje 53.

procedimiento arbitral original dicha parte tuvo conocimiento de la supuesta infracción y omitió presentar su objeción⁴⁶.

A la fecha de este artículo, si bien se ha alegado la incorrecta constitución del tribunal en más de diez procedimientos de anulación, sólo un comité *ad hoc* ha anulado un laudo por esta causal⁴⁷. No obstante, las decisiones sobre la materia han generado un debate en torno a: (i) el estándar que deben aplicar los comités *ad hoc* al examinar una solicitud de anulación cuando en el procedimiento original se adoptó una decisión sobre la recusación de alguno de los árbitros, (ii) la pertinencia de la solicitud de anulación cuando una parte, luego de culminado el procedimiento arbitral original, descubre circunstancias que atentan contra la correcta constitución del tribunal arbitral; (iii) en caso de que la solicitud de anulación por conocimiento sobrevenido de hechos se considere pertinente, cuál es el estándar que deben aplicar los comités *ad hoc* al examinar las circunstancias que ponen en entredicho la constitución del tribunal arbitral y, en particular, que afecten la independencia e imparcialidad de los árbitros. A continuación examinaremos estas situaciones.

1. Estándar de revisión al existir una decisión previa sobre la recusación de alguno de los árbitros del tribunal original

La mayoría de los procedimientos de anulación donde se han ventilado solicitudes basadas en el artículo 52(1)(a) se relacionan con cuestionamientos a la imparcialidad e independencia de alguno de los miembros del tribunal arbitral⁴⁸.

⁴⁶ Al respecto, véase: *Bernhard von Pezold et al. v. República de Zimbabue*, CIADI (Caso No. ARB/10/15), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de fecha 21 de noviembre de 2008, ¶ 266, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10104.pdf>; *EDF International S.A., Saur International S.A. y Leon Participaciones Argentinas S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23) (procedimiento de anulación), Decisión de fecha 5 de febrero de 2016, ¶¶ 115, 131, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C23/DC7432_Sp.pdf; *Azurix Corp. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/01/12), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina de fecha 1 de septiembre de 2009, ¶ 291, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c5/dc1171_sp.pdf; *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. República de Gabón*, CIADI (Caso No ARB/04/5), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República de Gabón de fecha 11 de marzo de 2010, ¶¶ 128-129, en *ICSID Review – Foreign Investment Law*, Vol. 26, No. 1 (Primavera 2011), pp. 165-166.

⁴⁷ Al respecto, véase: Cosmo Sanderson y Sebastian Perry, “Undisclosed expert ties prove fatal to ICSID award” (Global Arbitration Review, 12 de junio de 2020); Saar A. Pauker y Benny Winston, “Eiser v Spain – Unprecedented Annulment of an ICSID Award for Improper Constitution of the Tribunal,” *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 22, No. 2 (abril 2021), pp. 314-315.

⁴⁸ De acuerdo con el estudio estadístico sobre procedimientos de anulación en el CIADI efectuado por el British Institute of International and Comparative Law y la firma de abogados Baker Botts, en diez de los trece procedimientos de anulación donde se ha invocado la causal de incorrecta constitución del tribunal arbitral se alegaron violaciones a la imparcialidad e independencia de alguno de los

Ahora bien, ¿cuál es el estándar de revisión que deben aplicar los comités *ad hoc* en caso de que una parte haya recusado a alguno de los árbitros en el procedimiento original pero dicha objeción haya sido desestimada?

No existe unanimidad en las decisiones de los comités *ad hoc* de anulación sobre la materia. Por un lado se ha sostenido que los comités *ad hoc* deben ceñirse a una revisión estrictamente procesal del procedimiento de recusación y, por el otro, se ha señalado que los comités *ad hoc* deben ir más allá y determinar si la decisión sobre la recusación fue tan irrazonable que ninguna persona podría haberla adoptado⁴⁹.

De acuerdo con la primera postura, los comités *ad hoc* sólo deben examinar si en el procedimiento original se siguieron los procedimientos establecidos en el Convenio CIADI y en las Reglas de Arbitraje para tramitar y decidir la recusación planteada. En este sentido, en el caso *Azurix Corp. v. República Argentina*, la demandada alegó que el tribunal arbitral se constituyó incorrectamente ya que el presidente tenía determinados conflictos de interés. Si bien la demandada planteó una solicitud de recusación en el procedimiento arbitral, la misma fue desestimada⁵⁰. Esta decisión, en criterio de la demandada, vició de nulidad al procedimiento y, por tanto, solicitó al comité *ad hoc* de anulación que decidiese por sí mismo si el tribunal se había constituido correctamente⁵¹. El comité *ad hoc* desestimó estos argumentos al concluir que en el arbitraje subyacente se siguieron adecuadamente las disposiciones que regulan el procedimiento de recusación y, en su criterio “un comité sólo podría anular un laudo en virtud del artículo 52(1)(a) si no se cumplió adecuadamente con el procedimiento para recusar a los árbitros previsto en otras disposiciones del Convenio CIADI.”⁵². Por

miembros del tribunal arbitral. Véase: British Institute of International and Comparative Law y Baker Botts LLP, *Empirical Study: Annulment in ICSID Arbitration* (2021), pp. 22-25, https://www.biiicl.org/documents/10899_annulment-in-icsid-arbitration190821.pdf. Es frecuente que la parte que solicita la anulación del laudo por falta de independencia e imparcialidad invoque conjuntamente la causal de incorrecta constitución del tribunal arbitral con la de quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental.

⁴⁹ Denise Jansen, “Constitution of the Arbitral Tribunal (As Ground to Annul ICSID Awards)” (JusMundi, 20 de agosto de 2021).

⁵⁰ *Azurix Corp. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/01/12), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina de fecha 1 de septiembre de 2009, ¶¶ 268-269, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c5/dc1171_sp.pdf.

⁵¹ *Azurix Corp. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/01/12), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 272.

⁵² *Azurix Corp. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/01/12), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 280.

tanto, el comité consideró que la causal de incorrecta constitución del tribunal arbitral no era aplicable al caso en cuestión⁵³.

En cambio, diversos comités *ad hoc* de anulación han considerado que el enfoque de *Azurix* es excesivamente formalista e impide garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros que está íntimamente ligada a la integridad del procedimiento arbitral⁵⁴. No obstante, estos comités también han reconocido que la anulación es un procedimiento limitado y no una apelación. Por tanto, han determinado que el estándar adecuado para salvaguardar la integridad del procedimiento, sin considerar nuevamente el fondo del procedimiento original, es evaluar la decisión de no recusar al árbitro para determinar si la misma es “tan irrazonable que ninguna persona razonable podría haberla tomado.”⁵⁵.

⁵³ *Azurix Corp. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/01/12), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 278-282, 286-292. El comité *ad hoc* de anulación en el caso *OI European Group* adoptó el criterio sentado en el caso *Azurix*. Véase: *OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/11/25), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 6 de diciembre de 2018, ¶¶ 104-105, 108-109, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10151.pdf>.

⁵⁴ Por ejemplo, véase: *EDF Internacional S.A., Saur Internacional S.A. y Leon Participaciones Argentinas S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23) (procedimiento de anulación), Decisión de fecha 5 de febrero de 2016, ¶ 141 (“El Comité considera que dicho enfoque [el adoptado por el comité en el caso *Azurix*] es incompatible con el deber del comité *ad hoc* de salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral”), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C23/DC7432_Sp.pdf; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/19), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Argentina de fecha 5 de mayo de 2017, ¶ 90 (“[E]l Comité está de acuerdo con el comité de *EDF c. Argentina* y rechaza el enfoque de *Azurix* como excesivamente acotado y formalista, puesto que impide al comité *ad hoc* garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros, una cuestión íntimamente ligada a la integridad del procedimiento arbitral.”), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8784.pdf>; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Argentina de fecha 14 de diciembre de 2018, ¶ 166, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10154.pdf>; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/04/16), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina de fecha 8 de mayo de 2019, ¶¶ 42-44, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10650.pdf>.

⁵⁵ *EDF Internacional S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶ 145; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/19), Decisión sobre la Solicitud de Anulación ..., ¶¶ 91-94; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 163-169; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina y Mobil Argentina S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/04/16), Decisión sobre la Solicitud de Anulación ..., ¶ 44.

Así, en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina* la demandada alegó que el tribunal no estaba constituido correctamente ya que uno de sus miembros (la profesora Kaufmann-Koehler) no poseía las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad exigidas por el Convenio CIADI por formar parte del directorio de un banco suizo que tenía vínculos con una de las compañías demandantes. La demandada solicitó la recusación de la profesora en el procedimiento arbitral, sin embargo, los dos miembros no recusados del tribunal la desestimaron. Luego de la emisión del laudo final, la demandada solicitó al comité *ad hoc* de anulación, en aras de salvaguardar la integridad del arbitraje, examinar si el tribunal se había constituido adecuadamente⁵⁶. Por el contrario, los demandantes alegaron que la demandada solicitaba una revisión *de novo* de la decisión sobre recusación lo que, en esencia, era una apelación prohibida por el Convenio CIADI⁵⁷.

El comité *ad hoc* reconoció que el estándar de revisión en anulación tiene un ámbito limitado y no funciona como una apelación. Por ello, señaló que el estándar apropiado que debía aplicarse era examinar “si la decisión era ‘tan irrazonable que ninguna persona razonable podría haberla tomado’” ya que “la integridad del sistema [CIADI] se vería amenazada si los tribunales adoptan decisiones que ninguna persona razonable podría haber tomado.”⁵⁸. En el caso en cuestión, el comité concluyó que la decisión sobre la recusación no podía considerarse tan claramente irrazonable que ninguna persona la hubiese podido adoptar tanto más cuanto que en otros procedimientos arbitrales distintos árbitros habían llegado precisamente a la misma conclusión al decidir propuestas de recusación contra la profesora Kaufmann-Koehler⁵⁹.

2. Pertinencia de la solicitud de anulación en razón del conocimiento sobrevenido de hechos

¿Qué ocurre si una parte sólo tiene conocimiento de los hechos que fundamentan la causal de incorrecta constitución del tribunal una vez culminado el procedimiento arbitral? ¿puede solicitar la anulación del laudo bajo el artículo 52(1)(a) o debe necesariamente solicitar la revisión del laudo?

⁵⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 82-89.

⁵⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 90-94.

⁵⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Argentina..., ¶¶ 165-166.

⁵⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 167-170.

Antes de examinar estos interrogantes, conviene diferenciar brevemente el procedimiento de revisión del de anulación. El recurso de revisión permite a una parte solicitarle al tribunal arbitral que emitió el laudo volver a examinar su decisión ante el hallazgo de nuevas circunstancias. Para ello, es necesario el “descubrimiento de un hecho que hubiera podido influir decididamente en el laudo” y que tal circunstancia “al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocida por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.”⁶⁰. En cambio, el recurso de anulación, tal como se señaló, no pretende una revisión del fondo de la controversia objeto del laudo, sino preservar la integridad del procedimiento arbitral y evitar una “violación de los principios fundamentales del derecho que gobiernan los procedimientos del Tribunal.”⁶¹.

Durante los trabajos preparatorios del Convenio CIADI se discutió si una parte, al descubrir una circunstancia que pusiera en entredicho la constitución del tribunal arbitral luego de emitido el laudo arbitral, podía solicitar su anulación o debía incoar necesariamente un procedimiento de revisión. Lamentablemente las dudas no fueron resueltas⁶². En efecto, Aron Broches, quien luego sería el primer Secretario-General del CIADI, señaló que “si las causas de recusación se conocieran después de la emisión del laudo, sería un hecho que permitiría una revisión de este.”⁶³. Por el contrario, el Sr. Heth, representante de Israel, sostuvo que en tal caso la parte tendría derecho a solicitar la anulación del laudo por incorrecta constitución del tribunal arbitral en lugar de necesariamente tener que solicitar la revisión del laudo⁶⁴.

⁶⁰ Convenio CIADI, artículo 51(1). Al respecto, véase: Daniel Robert Kalderimis, Noah Rubins, et al., “ICSID Convention, Chapter IV, Section 5, Article 51,” en *Concise International Arbitration*, ed. Loukas A. Mistelis, 2da ed. (Kluwer Law International, 2015), pp. 135 – 138.

⁶¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo administrativo del CIADI* (2016), p. 37; *Hussein Nuaman Soufraki v. Emitatos Arabes Unidos*, CIADI (Caso No. ARB/02/7), Decisión del Comité *Ad Hoc* sobre la Solicitud de Anulación del Sr. Soufraki de fecha 5 de junio de 2007, ¶ 24, <https://www.ita-law.com/sites/default/files/case-documents/ita0800.pdf>.

⁶² Para una visión panorámica de la discusión durante los trabajos preparatorios del Convenio CIADI sobre la pertinencia de la acción de anulación ante el conocimiento sobrevenido de circunstancias que atenten contra la constitución del tribunal arbitral, puede consultarse: R. Doak Bishop y Silvia M. Marchili, *Annulment under the ICSID Convention* (Oxford University Press, 2012), pp. 50-51.

⁶³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *History of the ICSID Convention, Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Vol. II-2, 2da reimp. (CIADI, 2006), p. 872.

⁶⁴ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *History of the ICSID Convention, Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Vol. II-2, 2da reimp. (CIADI, 2006), p. 852.

La jurisprudencia arbitral tampoco ha sido unánime al respecto. Así, en el caso *Azurix Corp. v. República Argentina*, el comité *ad hoc* de anulación señaló que si una parte conociese de las causales de recusación del árbitro después de la emisión del laudo debería presentar una solicitud de revisión en virtud del artículo 51 del Convenio CIADI y no una solicitud de anulación conforme al artículo 52(1)(a)⁶⁵. Siguiendo la misma línea argumental, el comité *ad hoc* en el caso *OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela* concluyó que, ante el descubrimiento de un hecho o circunstancia después de haberse cerrado el procedimiento pero antes que se emitiera el laudo, la acción pertinente era solicitar la reapertura del procedimiento; y, de haberse emitido el laudo, la acción pertinente era la solicitud de revisión y no la de anulación. Por estas razones, el comité *ad hoc* desestimó la solicitud de anulación por incorrecta constitución presentada por la demandada. No obstante, el comité también concluyó que aun si el recurso de anulación fuese pertinente, la solicitud hubiese sido igualmente desestimada por no cumplir con el estándar requerido por el artículo 52(1)(a)⁶⁶.

Otros comités *ad hoc* de anulación han concluido que, ante el descubrimiento de hechos que pongan en entredicho la constitución del tribunal arbitral luego de que el procedimiento original hubiese concluido, la parte tiene derecho a solicitar la anulación del laudo, sin necesidad de tener que solicitar su revisión. En este sentido, en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Argentina sólo conoció los hechos y circunstancias que afectaban la capacidad de uno de los árbitros luego de emitido el laudo arbitral y, por tanto, solicitó la anulación del laudo⁶⁷. Dada esta situación, el comité examinó los hechos para determinar si el árbitro había actuado con independencia e imparcialidad. Si bien, como explicaremos más adelante, el comité concluyó que el laudo no se vio comprometido por la supuesta falta de la independencia e imparcialidad del árbitro, reconoció que Argentina tenía derecho a solicitar la anulación ante el conocimiento sobrevenido de circunstancias que pudiesen afectar la independencia o imparcialidad del árbitro⁶⁸.

⁶⁵ *Azurix Corp. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/01/12), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 281.

⁶⁶ *OI European Group B.V. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/11/25), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 6 de diciembre de 2018, ¶¶ 149-56, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10151.pdf>.

⁶⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por la República Argentina de fecha 10 de agosto de 2010, ¶¶ 22, 202-203, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0222.pdf>.

⁶⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo..., ¶¶ 204-245.

Igualmente, los comités ad hoc en los casos EDF Internacional S.A. et al. v. República Argentina y Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España han reconocido la pertinencia de la acción de anulación por incorrecta constitución del tribunal arbitral cuando los hechos que la fundamentan se conocen después de que se declare el cierre del procedimiento⁶⁹.

Como se señaló, el objeto principal de la anulación no es examinar el fondo del laudo, sino proteger la integridad del procedimiento arbitral. No existe mayor amenaza a la integridad y legitimidad del arbitraje que la falta de imparcialidad o independencia de los árbitros. Por tanto, en nuestro criterio, el recurso pertinente ante el descubrimiento de una circunstancia que ponga en entredicho la constitución del tribunal arbitral luego de emitido el laudo es la solicitud de anulación conforme al artículo 52(1)(a) y no la solicitud de revisión prevista en el artículo 51 del Convenio CIADI. Si bien podría alegarse que el descubrimiento de esta circunstancia constituye un nuevo hecho que da lugar a una solicitud de revisión del laudo, debe tenerse presente que la solicitud de revisión basada en la supuesta falta de imparcialidad de un árbitro será decidida por el mismo tribunal arbitral que emitió el laudo (incluyendo al árbitro cuya imparcialidad es cuestionada).

En este sentido, compartimos la opinión del profesor Schreuer de que nada de lo dispuesto en el Convenio CIADI ni en las Reglas de Arbitraje impide plantear la incorrecta constitución del tribunal arbitral en un procedimiento de anulación, cuando la parte no haya podido plantearla antes de concluido el procedimiento por no conocer o haber podido conocer la circunstancia que afectaba la correcta constitución del tribunal⁷⁰. Por supuesto, corresponderá al comité *ad hoc* analizar estas circunstancias y determinar si las mismas afectaron la integridad y legitimidad del procedimiento o la validez del laudo.

⁶⁹ *EDF Internacional S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión... ¶ 130 (“El Comité no considera que esta redacción impida solicitar la anulación del laudo cuando los hechos en los que se funda la recusación se conocen después de que se declare el cierre del procedimiento...El Comité tomó nota de las opiniones del Comité de *Azurix* de que en tal caso la cuestión debe plantearse en un procedimiento de revisión bajo el Artículo 51 y no de anulación, aunque respetuosamente disiente y prefiere el enfoque del Comité de *Vivendi II* [Caso CIADI No. ARB/97/3] sobre este punto.”); *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España de fecha 11 de junio de 2020, ¶ 173, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3286/DS14433_Sp.pdf.

⁷⁰ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), p. 937.

3. Ausencia de una decisión previa por conocimiento sobrevenido de hechos: revisión *de novo*

Como se señaló, los comités *ad hoc* han concluido que una parte renuncia a su derecho de solicitar la anulación por incorrecta constitución del tribunal si en el procedimiento original, al tener conocimiento de un hecho que afecte la imparcialidad o independencia del tribunal arbitral, omite presentar una solicitud de recusación⁷¹. Ahora bien, ¿cuál es el estándar de revisión que debe aplicar un comité *ad hoc* en un procedimiento de anulación basado en la falta de independencia o imparcialidad de un miembro del tribunal por hechos conocidos con posterioridad por una de las partes y que, por tanto, no hayan podido examinarse en el procedimiento original? En esta situación, no existe una decisión sobre recusación que deban revisar los comités *ad hoc* y, por tanto, han sido los propios comités quienes han tenido que establecer si los árbitros fueron imparciales e independientes en el procedimiento original.

En este sentido, en el caso *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, la demandada alegó que el tribunal original no se constituyó correctamente ya que dos de sus miembros (la profesora Kaufmann-Koehler y el profesor Remón) carecían de independencia e imparcialidad⁷². Los cuestionamientos contra los árbitros se fundamentaron en circunstancias materiales y procesales diferentes. Durante el procedimiento original la demandada tuvo conocimiento de un potencial conflicto de interés que, en su criterio, afectaba a la profesora Kaufmann-Koehler y, por tanto, solicitó su recusación. Los dos miembros restantes del tribunal arbitral declararon sin lugar la recusación⁷³. A su vez, el comité desestimó la solicitud de anulación con relación a la supuesta falta de independencia o imparcialidad de la profesora Kaufmann-Koehler ya que consideró que cualquier otro tribunal razonable hubiese podido haber llegado a la misma decisión sobre la recusación a la que llegaron los otros dos miembros⁷⁴.

Por otra parte, una vez cerrado el procedimiento, el profesor Remón reveló un potencial conflicto de interés. Esta situación impidió que la demandada

⁷¹ Véanse las decisiones citadas en la nota 47, *supra*.

⁷² *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶¶ 45, 76-94.

⁷³ *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶¶ 46, 76-82, 89-91.

⁷⁴ *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶¶ 161-164. Como se aprecia, la decisión de recusación adoptó un enfoque de razonabilidad semejante al que posteriormente adoptaría el comité en el caso *Suez v. Argentina*. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/17), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 167-170.

propusiera la recusación en el procedimiento original y, por tanto, la planteó por primera vez en el procedimiento de anulación⁷⁵. El comité *ad hoc* señaló que no existía ningún impedimento en el Convenio CIADI para que una parte solicitase la anulación del laudo por falta de independencia o imparcialidad siempre que los hechos que fundamentan la recusación se conozcan después de que se declare el cierre del procedimiento⁷⁶. En ese caso, en criterio del comité, se debía analizar *de novo* si existieron motivos que llevarían a un tercero razonable a dudar de la independencia e imparcialidad de uno de los miembros del tribunal original. Para ello, el comité se planteó y examinó los siguientes interrogantes:

- (a) ¿Hubo renuncia al derecho de plantear esta cuestión porque la parte en cuestión no lo hizo con la celeridad suficiente?
- (b) En caso negativo, ¿la parte que solicita la anulación demostró los hechos cuya existencia llevaría a una persona razonable, con conocimiento de todos los hechos, a considerar que hubo motivos suficientes para dudar si el árbitro reunía las cualidades necesarias de independencia e imparcialidad?; y
- (c) En ese caso, ¿podría la falta de imparcialidad o independencia de ese árbitro -suponiendo a estos efectos que las dudas son válidas- haber tenido un efecto sustancial en el laudo?⁷⁷

Al efectuar su análisis, el comité señaló que la demandada no había renunciado a su derecho de plantear la anulación, sin embargo, afirmó que en el expediente no había indicios suficientes para dudar de la independencia e imparcialidad del árbitro. Además, aun asumiendo que hubiese dudas sobre la imparcialidad del árbitro, el comité concluyó que el potencial conflicto de interés del profesor Remón no pudo haber afectado la decisión del tribunal ya que surgió con posterioridad a que se hubiese completado la redacción del mismo. Por estas razones, el comité desestimó la solicitud de anulación por incorrecta constitución del tribunal⁷⁸.

Por otra parte, en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, la demandada solicitó la anulación del laudo por incorrecta constitución del tribunal dado que uno de los árbitros (la profesora Kaufmann-Kohler) había omitido revelar la existencia de un conflicto de interés

⁷⁵ *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶¶ 47, 83-85, 92-94.

⁷⁶ *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶¶ 130-131.

⁷⁷ *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶ 136.

⁷⁸ *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/03/23), Decisión..., ¶¶ 172-173 (análisis de la renuncia), 174 (no hay indicios de imparcialidad), y 165-170 (supuesto conflicto de interés no afectó el laudo).

en el procedimiento original⁷⁹. El comité *ad hoc* criticó severamente la falta de diligencia de la profesora para determinar si existía un conflicto de interés que generara dudas sobre la imparcialidad e independencia de su condición de árbitro⁸⁰. No obstante, concluyó que el conflicto no tuvo un efecto material en la decisión final del tribunal ya que la profesora Kaufmann-Kohler (según sus declaraciones) desconocía el conflicto de interés antes de emitir el laudo que, además, fue unánime⁸¹. Por ello, desestimó la solicitud de anulación.

En el año 2020, el comité *ad hoc* en el caso *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España* anuló por primera vez un laudo CIADI por incorrecta constitución del tribunal arbitral dada la falta de independencia o imparcialidad de un miembro del tribunal por hechos conocidos sobrevenidamente por una de las partes.⁸² En vista de la importancia de este caso, lo examinaremos en el capítulo siguiente.

V. *Eiser v. España*

En el arbitraje subyacente, Eiser Infrastructure Limited Energy y Energía Solar Luxembourg S.à. r.l., sociedades de responsabilidad limitada constituidas en el Reino Unido y Luxemburgo respectivamente, alegaron que España violó sus obligaciones bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía al adoptar determinadas medidas regulatorias para proyectos de energías renovables lo que, en criterio de las demandantes, les causó un daño de aproximadamente € 256 millones⁸³. El 4 de mayo de 2017, el tribunal arbitral concluyó, por unanimidad, que tenía jurisdicción para conocer de la controversia y que España había violado la obligación de otorgarle a las demandantes un trato justo y equitativo en virtud del precitado tratado. Por ello, condenó a la demandada a pagar el monto de € 128 millones más intereses⁸⁴. Al momento de calcular la compensación, el

⁷⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo..., ¶¶ 18-23, 76-78.

⁸⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo..., ¶¶ 217-232.

⁸¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo..., ¶¶ 234-242.

⁸² *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España de fecha 11 de junio de 2020, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3286/DS14433_Sp.pdf.

⁸³ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Laudo de fecha 4 de mayo de 2017, ¶¶ 155-156, 433, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8798_0.pdf.

⁸⁴ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Laudo..., ¶ 486. Para una síntesis de los alegatos de las partes y de la decisión en el

tribunal arbitral acogió las variables y métodos de cálculo presentados por los expertos en materia de daños de las demandantes (Grupo Brattle)⁸⁵.

Luego de que se emitiera el laudo en mayo de 2017, salieron a la luz informes públicos que detallaron la relación de un árbitro del tribunal original (el Dr. Alexandrov) con el Grupo Brattle y en particular con el Sr. Lapuerta, uno de los expertos en materia de daños de las demandantes. Los informes revelaron que el Dr. Alexandrov había sido socio y codirector de la práctica de arbitraje internacional de una firma de abogados que nombró al Grupo Brattle como experto en materia de daños en diversos arbitrajes comerciales y de inversiones, algunos de los cuales se desarrollaron durante el período del arbitraje en cuestión⁸⁶. El Dr. Alexandrov no reveló esta relación ni al aceptar su designación como árbitro ni en el curso del procedimiento subyacente. Ante estos descubrimientos, España solicitó la anulación del laudo por incorrecta constitución del tribunal arbitral dada la falta de independencia e imparcialidad del árbitro⁸⁷. España también alegó que estas circunstancias constituían un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. Asimismo, argumentó que en determinados aspectos del laudo arbitral, el tribunal se había extralimitado en sus funciones y en otros se evidenciaba una falta de motivación⁸⁸. En razón de la temática de este artículo, nos centraremos en los alegatos sobre la incorrecta constitución del tribunal arbitral.

En el procedimiento de anulación, las partes estuvieron de acuerdo acerca de la circunstancia de que el Dr. Alexandrov no reveló la relación que mantenía con el Grupo Brattle y especialmente con el Sr. Lapuerta, sin embargo, no lo estuvieron respecto de la pertinencia de la acción de anulación en el caso en concreto, el alcance y efecto de la relación entre el Dr. Alexandrov y el Grupo Brattle, así como el estándar aplicable al artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI. A continuación examinaremos estos aspectos a la luz de la decisión del comité *ad hoc* de anulación.

procedimiento arbitral original, consúltese: Nahila Cortes, “Spanish Energy Arbitration Saga: Green Light for Investors Claiming Breach of FET?” (Kluwer Arbitration Blog, 17 de junio de 2017).

⁸⁵ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Laudo..., ¶¶ 441, 468, 472-474.

⁸⁶ Stanimir Alexandrov, “Pakistan challenges arbitrator over valuation method” (Global Arbitration Review, 12 de julio de 2017); *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 49-50.

⁸⁷ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 45-50, 145-150.

⁸⁸ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 111-114, 232-234.

1. Pertinencia de la acción de anulación

En criterio de España, la solicitud de anulación conforme al artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI era una acción pertinente ya que la falta de independencia o imparcialidad del árbitro de la cual la demandada tuvo conocimiento sobrevenido, afectó la constitución del tribunal arbitral. Para ello, España se basó en las decisiones de *EDF International S.A., et al. v. República Argentina y Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina* que explicamos anteriormente. Asimismo, España señaló que limitar el alcance del artículo 52(1)(a) únicamente al inicio del procedimiento iría en contra de una correcta interpretación de las disposiciones relativas a la constitución del tribunal ya que si la independencia e imparcialidad del árbitro fueran relevantes sólo al inicio del procedimiento no habría necesidad de que las Reglas de Arbitraje establezcan (como en efecto lo hacen) una obligación continua de notificar cualquier circunstancia que pudiera influir en la confianza a la imparcialidad de juicio⁸⁹.

Por su parte, las demandantes señalaron que el artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI debía interpretarse restrictivamente de manera de limitar su aplicación al examen de los pasos procedimentales que deben cumplirse al inicio del arbitraje para la constitución del tribunal arbitral. En caso de que la causa de recusación se conociese después de la emisión del laudo, el recurso pertinente era una solicitud de revisión y no una solicitud de anulación. Dado que España no alegó ningún problema en la constitución inicial del tribunal arbitral, la acción pertinente, en criterio de las demandantes, era la solicitud de revisión y no la de anulación. El procedimiento de revisión, además, le hubiese permitido al Dr. Alexandrov proporcionar explicaciones de sus relaciones profesionales⁹⁰.

El comité *ad hoc* de anulación, luego de examinar e interpretar el texto, contexto, objeto y fin del artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI, concluyó que la acción de anulación era una acción pertinente y que estaba facultado para evaluar si los miembros del tribunal original fueron y permanecieron imparciales e independientes a lo largo del procedimiento. El comité señaló que el significado corriente de los términos “que el tribunal se hubiere constituido correctamente” no sugieren que la causal en cuestión se limite a la constitución inicial del tribunal arbitral⁹¹. Asimismo, luego de analizar el contexto del precitado artículo junto

⁸⁹ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 49-50, 145-150.

⁹⁰ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 64-65, 151-155.

⁹¹ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 158.

con las normas sobre la constitución del tribunal en el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje, el comité concluyó que el Convenio CIADI requiere la correcta constitución del tribunal a lo largo del procedimiento arbitral y no sólo al inicio del mismo. En palabras del comité, el requisito de imparcialidad de juicio “comienza con la constitución del tribunal y finaliza solo cuando el procedimiento culmina en una decisión o un laudo que hace al tribunal *functus officio*”⁹².

Por otra parte, el comité señaló que si bien las demandantes alegaron que el recurso idóneo era la revisión, no explicaron satisfactoriamente por qué una impugnación a la independencia e imparcialidad de un árbitro escapaba del alcance del artículo 52(1)(a). En vista de que no existe mayor amenaza a la legitimidad del procedimiento arbitral o de un laudo que la carencia de imparcialidad o independencia de uno de los miembros del tribunal arbitral, el comité concluyó que la solicitud de anulación era una acción pertinente⁹³.

2. Estándar aplicable

En el arbitraje original no hubo una decisión sobre recusación ya que España no tuvo conocimiento de las circunstancias que afectaban la independencia e imparcialidad del Dr. Alexandrov en el procedimiento arbitral y, por tanto, no pudo recusarlo. Ante esta situación el comité *ad hoc* tuvo que examinar *de novo* si el Dr. Alexandrov fue lo suficientemente independiente e imparcial. Para ello, decidió seguir el estándar adoptado en el caso *EDF International S.A., et al. v. República Argentina*, es decir, examinar si (i) hubo una renuncia al derecho a solicitar la anulación, (ii) de no haberla habido, si el solicitante cumplió con el estándar para la falta de imparcialidad o independencia, y (iii) en su caso, si la falta de imparcialidad o independencia pudo haber tenido un efecto sustancial en el laudo⁹⁴.

⁹² *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 168. Para una síntesis de las conclusiones del comité sobre la interpretación del texto, contexto, objeto y fin del artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI, consúltese: Josep Gálvez y Maximilian O'Driscoll, “Dangerous Liaisons in International Investment Arbitration: The Annulment of the Eiser V Spain ICSID Award” (Global Arbitration Review, 12 de julio de 2020).

⁹³ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 170-174.

⁹⁴ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 179-181. Una síntesis del análisis *de novo* del comité sobre la independencia e imparcialidad del Dr. Alexandrov, puede encontrarse en: Marcela Tabakian, “Partes Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España” (Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, 17 de marzo de 2021), pp. 5-7.

a. ¿Hubo renuncia al derecho de plantear la objeción porque la parte en cuestión no lo hizo con suficiente celeridad?

España alegó que no tuvo conocimiento de la relación del Dr. Alexandrov con el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta durante el procedimiento arbitral ya que esta relación nunca fue revelada. España señaló que sólo conoció de la relación después que se publicaran unos informes sobre una propuesta de recusación presentada en un arbitraje de inversiones contra Pakistán. Al conocer de los vínculos entre el Dr. Alexandrov y los expertos sobre daños de los demandantes, solicitó la anulación del laudo. Por estas razones, España afirmó que no había renunciado a su derecho de plantear la objeción⁹⁵.

Por el contrario, las demandantes señalaron que España debió haber conocido la relación profesional con el Grupo Brattle durante el curso del procedimiento arbitral. En criterio de las demandantes, si España hubiese cumplido con su deber de debida diligencia e investigación habría encontrado información públicamente disponible que revelaba que el Dr. Alexandrov había trabajado previamente en los mismos casos que el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta. Por ejemplo, las demandantes citaron tres laudos arbitrales emitidos en el 2004, 2007 y 2015 donde se indicaba que el Dr. Alexandrov y el Sr. Lapuerta trabajaron conjuntamente⁹⁶. Por ello, en criterio de las demandantes, España había renunciado a su derecho de plantear la objeción.

A juicio del comité *ad hoc*, las demandantes no cumplieron su carga de probar que España sabía o debía haber sabido de la relación entre el Dr. Alexandrov, el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta. De acuerdo con el comité, el derecho fundamental a cuestionar la imparcialidad de un árbitro exige una renuncia clara e inequívoca y, en el caso bajo examen, no pudo “establecerse que la parte en cuestión tenía conocimiento real o implícito de todos los hechos.”⁹⁷ Con relación a los alegatos de las demandantes sobre la falta de diligencia de España, el comité señaló que el hecho que la información sea de dominio público no satisfacía *per se* la carga que tenían las demandantes de probar que España conocía (de manera real o presunta) los las circunstancias relevantes. Además, en el expediente del procedimiento solo había un laudo arbitral de un caso en donde el Dr. Alexandrov y el Grupo Brattle actuaron en calidad de abogado y perito

⁹⁵ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 182-184.

⁹⁶ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 185-187.

⁹⁷ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 190.

para la misma parte. No obstante, el laudo se había emitido siete años antes del nombramiento del Dr. Alexandrov como árbitro en el procedimiento contra España y, a juicio del comité, nada de su contenido podría haber inducido a España a sospechar del alcance de la relación entre el árbitro y el experto del procedimiento arbitral⁹⁸.

b. ¿El solicitante demostró que una evaluación razonable de los hechos del caso por un tercero concluiría que se demostró una apariencia evidente u obvia de falta de imparcialidad o independencia del árbitro?

En vista de que el comité concluyó que España no había renunciado a su derecho de solicitar la anulación por incorrecta constitución del tribunal arbitral, procedió a examinar si los hechos alegados habían satisfecho el test de falta de imparcialidad o independencia. España y las demandantes coincidieron que el estándar aplicable era el adoptado en la decisión *Blue Bank* para la recusación de los árbitros. De acuerdo con este test, el solicitante no debe probar la existencia de “sesgo real” sino que es suficiente determinar que un tercero, evaluando razonablemente los hechos, detectaría “una apariencia evidente u obvia de falta de imparcialidad o independencia.”⁹⁹. Ahora bien, las partes difirieron sobre el alcance de la relación entre el Dr. Alexandrov y el Sr. Lapuerta y si la misma satisfizo el estándar antes mencionado.

De acuerdo con los alegatos de España, un tercero concluiría que la relación profesional entre el Dr. Alexandrov, el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta, así como la falta de revelación de dicha revelación demostró una apariencia evidente de parcialidad o dependencia por parte del Dr. Alexandrov. Por ende, ningún tercero confiaría que el Dr. Alexandrov podía ejercer un juicio imparcial y no influenciado al evaluar los informes y testimonios del Grupo Brattle sobre daños. En criterio de España, el Dr. Alexandrov desarrolló una relación profesional cercana con el Grupo Brattle y con el Sr. Lapuerta ya que fue socio de una firma de abogados que designó como experto al Grupo Brattle en diversos

⁹⁸ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 188-190. Para un análisis de la importancia de esta decisión, véase: Ángela Cámara y Nicolás Daichi, “¿Uno o dos sombreros?: lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión” *Forseti. Revista De Derecho*, No. 9, Vol. 13 (2021), pp. 67-69.

⁹⁹ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/12/20), Decisión sobre la Propuesta de las Partes de Recusación de la Mayoría del Tribunal de fecha 12 de noviembre de 2013, ¶ 59, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3009.pdf>; *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 191, 198-199.

arbitrajes, en varios de los cuales el Sr. Lapuerta declaró como experto. El Dr. Alexandrov incluso trabajó como abogado en algunos de estos casos con el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta mientras se desempeñaba como árbitro en el caso *Eiser*. Asimismo, España afirmó que el Dr. Alexandrov tenía la obligación de revelar dicha relación y el no hacerlo, aunado a los estrechos vínculos con el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta, demostró su falta de independencia o imparcialidad¹⁰⁰.

Por el contrario, las demandantes señalaron que no existió un conflicto de interés entre el Dr. Alexandrov y el Sr. Lapuerta ya que la relación no había ido más allá de la interacción entre abogado y experto, lo cual es práctica habitual en el arbitraje internacional. Además, los expertos (quienes declaran de manera independiente) son elegidos y nombrados por los clientes y no por los abogados. Asimismo, a juicio de las demandantes, las actividades del escritorio de abogados de un árbitro no crean automáticamente un conflicto de interés. Por último, señalaron que el hecho que el Dr. Alexandrov no haya revelado dicha relación no demostró una falta de independencia o imparcialidad ya que los árbitros tienen discreción para decidir revelar o no una relación profesional¹⁰¹.

Si bien, el comité *ad hoc* de anulación señaló que es inevitable que exista cierta interacción entre los árbitros, abogados y expertos que trabajan en arbitrajes de inversión; destacó que la probabilidad que surjan conflictos de interés es mayor mientras mayores sean sus vínculos en atención al número de casos y los distintos roles desempeñados. De allí, la importancia de revelar estos vínculos a las partes y a los co-árbitros¹⁰².

En criterio del comité, el trabajo conjunto del Sr. Lapuerta con el Dr. Alexandrov no fue una situación aislada. Por el contrario, los hechos alegados demostraron de forma inequívoca que antes, durante y después del arbitraje subyacente existieron nexos profesionales entre el Dr. Alexandrov, el Sr. Lapuerta y el Grupo Brattle. Para llegar a esa conclusión, el comité destacó, entre otros aspectos, que en cuatro ocasiones el Dr. Alexandrov fue designado por la parte actora como árbitro y al mismo tiempo el Grupo Brattle fue contratado como experto de esa parte. En dos de esos casos, el Sr. Lapuerta declaró como experto y tres de ellos se desarrollaron en paralelo con el arbitraje subyacente. Además,

¹⁰⁰ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 193-197.

¹⁰¹ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 198-204.

¹⁰² *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 217.

en al menos otros ocho casos el Dr. Alexandrov fue contratado como abogado por la parte que contrató al Grupo Brattle como experto. De esos ocho casos, por lo menos dos coincidieron con el arbitraje subyacente y en tres declaró el Sr. Lapuerta como experto. Por último, en paralelo al arbitraje, en al menos dos arbitrajes no revelados la firma del Dr. Alexandrov fue contratada como abogado por la parte que contrató al Grupo Brattle como experto, y el Sr. Lapuerta testificó en uno de ellos¹⁰³.

Luego de examinar los vínculos entre el Dr. Alexandrov y el Sr. Lapuerta, el comité concluyó que un tercero independiente evaluando de manera objetiva todos los hechos habría concluido que existía una apariencia manifiesta de falta de independencia o imparcialidad por parte del Dr. Alexandrov¹⁰⁴.

Asimismo, el comité concluyó que el Dr. Alexandrov tuvo que haber revelado la relación profesional que mantenía con el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta ya que era una circunstancia que ponía en tela de juicio su imparcialidad. La revelación, en palabras del comité, “inmuniza a los árbitros de la posibilidad, real o aparente, de cualquier conflicto de interés.”¹⁰⁵. Este deber de revelación estaba justificado por la existencia de la relación entre el Dr. Alexandrov, el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta así como por sus interacciones pasadas y presentes. Por último, el comité señaló que sus conclusiones no se vieron afectadas por quién designa al experto (el cliente o el abogado) ya que lo realmente importante es que los expertos en materia de daños trabajan estrechamente con los abogados en la preparación del caso¹⁰⁶.

c. ¿La falta de imparcialidad o independencia pudo haber tenido un efecto sustancial en el laudo?

El tercer paso del estándar adoptado en el caso *EDF. v. Argentina* (el potencial efecto de la imparcialidad o independencia en el laudo) para determinar

¹⁰³ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 205, 208, 217-218.

¹⁰⁴ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 219.

¹⁰⁵ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 223.

¹⁰⁶ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 221-228. Para un examen de las posibles implicaciones de esta decisión en materia de conflicto de interés, véase: Daniel Greineder, “Too Close For Comfort: Arbitrator Independence After Eiser” (Kluwer Arbitration Blog, 9 de octubre de 2020); Dina Prokic, “The Annulment of Eiser v. Spain: A Call for Improvements to the System?” (Kluwer Arbitration Blog, 6 de mayo de 2021).

si el tribunal se constituyó incorrectamente fue analizado por el comité al examinar el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento como causal de anulación presentada por España.

En relación con este punto, España alegó que la parcialidad del Dr. Alexandrov creó un desequilibrio en la forma en que el tribunal evaluó los informes periciales del Grupo Brattle y la declaración del Sr. Lapuerta en comparación con la evaluación a los expertos de España. Esta situación fue particularmente gravosa ya que los informes periciales y el testimonio experto del Sr. Lapuerta versaron sobre asuntos esenciales para el resultado del caso que fueron acogidos en su totalidad por el tribunal para cuantificar los daños resultantes de las medidas gubernamentales¹⁰⁷.

Por su parte, las demandantes señalaron que la relación entre el Dr. Alexandrov y el Sr. Lapuerta no tuvo un impacto en el laudo ya que el mismo se decidió por unanimidad. Asimismo, alegaron que no se había probado que el tribunal arbitral aceptó el informe experto del Sr. Lapuerta motivado por una parcialidad no revelada del Dr. Alexandrov, ni que los otros dos árbitros hubiesen llegado a una conclusión distinta de haber conocido la supuesta parcialidad¹⁰⁸.

El comité concluyó que la relación no revelada entre el Dr. Alexandrov, el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta pudo haber tenido un efecto material en el laudo. El comité destacó el hecho que el tribunal original había adoptado el modelo de daños del Sr. Lapuerta en su totalidad y que los árbitros, al momento de deliberar, desconocían la relación entre el Dr. Alexandrov y el Sr. Lapuerta. Si esta relación hubiese sido revelada, podría haber afectado las deliberaciones y el resultado del laudo. Con relación a la unanimidad del laudo, el comité señaló que es de esperarse que cada miembro del tribunal influya en los otros dos con sus puntos de vista y análisis durante las deliberaciones. Por ello, determinó que era poco probable que las opiniones del Dr. Alexandrov no hubiesen influenciado a los otros dos árbitros. En otras palabras, la falta de revelación del árbitro le quitó a España la posibilidad de obtener un laudo diferente¹⁰⁹.

¹⁰⁷ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 195, 234.

¹⁰⁸ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶ 237.

¹⁰⁹ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Decisión sobre la Solicitud de Anulación..., ¶¶ 244-255.

3. Decisión

El comité *ad hoc* de anulación, luego de dictaminar que (i) la solicitud de anulación era una acción pertinente; (ii) España no había renunciado a su derecho a objetar al Dr. Alexandrov; (iii) un tercero evaluando objetivamente la relación del Dr. Alexandrov, el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta y su falta de revelación habría concluido que existía una apariencia manifiesta y evidente de una dependencia o parcialidad; y que (iv) dicha relación pudo haber tenido un efecto sustancial en el laudo; anuló el laudo por incorrecta constitución del tribunal arbitral. Asimismo, el comité decidió que el derecho a la independencia e imparcialidad es una norma fundamental de procedimiento que fue gravemente infringida por el conflicto de interés del Dr. Alexandrov y por su falta de revelación. Por ende, el comité también declaró con lugar la solicitud de anulación de España por quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

De esta forma, por primera vez en la historia del CIADI, un comité *ad hoc* anuló un laudo por incorrecta constitución del tribunal arbitral. La decisión marca un hito importante en materia de arbitraje de inversión ya que pone de relieve los riesgos que suponen los vínculos pasados y presentes de los árbitros en sus distintos roles profesionales con las partes y los expertos del caso. Asimismo, resalta la importancia de revelar estas relaciones para inmunizar al árbitro de la posibilidad de conflictos de interés.

VI. Conclusiones

El Convenio CIADI prevé un mecanismo interno e independiente para tramitar cualquier solicitud de anulación contra un laudo CIADI. La incorrecta constitución del tribunal arbitral es una de las cinco causales taxativas previstas en el Convenio para solicitar la anulación de un laudo arbitral.

La mayoría de los procedimientos donde se ha alegado la incorrecta constitución del tribunal arbitral se relacionan con cuestionamientos a la imparcialidad e independencia de los árbitros. No obstante, también se entiende que un tribunal arbitral se constituyó incorrectamente si se viola el acuerdo de las partes sobre el método de constitución del tribunal, si el acuerdo arbitral del cual deriva la jurisdicción del tribunal arbitral es nulo, o si uno de los árbitros no cumple con los requerimientos necesarios para actuar como tal.

La jurisprudencia arbitral internacional se orienta en el sentido de que una parte renuncia a su derecho de presentar la incorrecta constitución del tribunal arbitral como causal de anulación si en el procedimiento original tuvo o

pudo tener conocimiento del hecho que afectó la constitución del tribunal y omitió presentar la objeción. En caso de que una parte haya presentado una solicitud de recusación en el arbitraje subyacente y la misma haya sido rechazada, se observa una tendencia cada vez mayor de los comités *ad hoc* de evaluar si la decisión sobre recusación fue efectivamente tan irrazonable que ninguna persona razonable podría haberla adoptado.

No existe consenso en las decisiones de los comités *ad hoc* sobre si el conocimiento sobrevenido de un hecho que atente contra la constitución del tribunal arbitral permite presentar una solicitud de anulación o si necesariamente debe presentarse una solicitud de revisión. Es fundamental que en este análisis, los comités *ad hoc* tengan en cuenta la amenaza a la legitimidad del procedimiento arbitral que supone la carencia de imparcialidad o independencia de uno de los miembros del tribunal arbitral.

Por primera vez en la historia del CIADI, un comité *ad hoc* anuló un laudo arbitral por incorrecta constitución del tribunal arbitral en junio de 2020. La decisión pone de manifiesto los riesgos de los vínculos profesionales pasados y presentes entre los árbitros, las partes y los expertos, así como la importancia de la obligación de declarar tales vínculos para inmunizar a los árbitros de la posibilidad de conflictos de interés y proteger la integridad del procedimiento arbitral.

Análisis crítico de la nulidad del contrato de arrendamiento inmobiliario de uso comercial bajo la óptica del reciente criterio de la Sala de Casación Civil

Leonardo Enrique Vilorio Briceño*

pp. 391-418

Recibido: 31 ago 2021

Aceptado: 20 nov 2021

Sumario

I. Introducción | II. Resumen sobre la decisión impugnada del Tribunal Superior | III. Resumen de lo decidido por la sentencia de la Sala de Casación Civil | IV. El análisis crítico de la decisión de la Sala de Casación Civil | 1. El carácter restrictivo de las causales de nulidad bajo el Código Civil | 2. Sobre la venta de la cosa ajena y el arrendamiento de la cosa ajena | 3. Sobre el voto salvado | 4. El significado de poseer con ánimo de dueño | 5. Quien ha comenzado a poseer como arrendatario no tiene ánimo de dueño | 6. Quien pretenda usucapir debe demostrar su posesión legítima | V. A manera de conclusión.

* Abogado egresado de la Universidad de Carabobo (2017). Asociado del Escritorio Travieso Evans Arria Rengel & Paz. Estudiante de la Especialización en Derecho Financiero y Derecho Procesal de la UCAB.

Análisis crítico de la nulidad del contrato de arrendamiento inmobiliario de uso comercial bajo la óptica del reciente criterio de la Sala de Casación Civil

Resumen: Las relaciones arrendaticias en nuestro país, casi siempre, uno de los mayores objetos de controversia. La legislación suele ser sobreprotectora y desequilibrada en favor de una u otra de las partes contratantes, especialmente el arrendatario. En este trabajo haremos una breve revisión al caso que fue objeto de debate en el proceso judicial analizado; cuáles fueron los argumentos de la parte demandante, cuáles fueron las defensas o excepciones de la parte demandada y qué decisión tomó el Tribunal de alzada y cómo esta fue revocada por la decisión N° 109 de fecha 30 de abril de 2021 de la Sala de Casación Civil sobre la cual pivotará nuestro análisis crítico, para así llegar a una conclusión sobre la venta de la cosa ajena y anulabilidad de los contratos de arrendamiento por no obrar el arrendador con el carácter de dueño de la cosa arrendada.

Palabras Claves: Contratos de arrendamiento | Nulidad contractual | Venta de la cosa ajena.

Critical analysis of the voidness of the building lease agreements for commercial use under the perspective of the recent criteria of the Civil Cassation Chamber

Abstract: Lease relationships in our country are almost always one of the utmost objects of controversy. The legislation tends to be overprotective and unbalanced in favor of one or another of the contracting parties, especially the lessee. In this paper we will briefly review the case that was the object of debate in the judicial trial analyzed; what were the arguments of the plaintiff, what were the defenses or exceptions of the defendant and what decision was taken by the Appellate Court, whose ruling was reversed by the decision N° 109 dated April 30th, 2021 of the Civil Cassation Chamber on which our critical analysis will pivot, in order to reach a conclusion on the sale of someone else's property and the voidability of lease contracts for not having the lessor the ownership of the leased thing.

Key words: Lease contracts | Contractual voidness | Sale of someone else's property.

«De igual modo vosotros, cuando hayáis hecho todo lo que os fue mandado, decid: Somos siervos inútiles; hemos hecho lo que debíamos hacer.»

Lucas, 17:10.

I. Introducción

La publicación de la sentencia N° 109 de fecha 30 de abril de 2021¹ por la Sala de Casación Civil estuvo rodeada de una fuerte polémica, que generó todo tipo de titulares sensacionalistas en portales de noticias no especializados en la materia y en virtud de ello causó un gran escándalo en la comunidad jurídica venezolana, cuyas críticas (a favor y en contra) no se hicieron esperar. Si bien dichos titulares fueron desmentidos por la propia Sala de Casación Civil en su momento², considera quien escribe que no se trató con la debida profundidad y trascendencia el fallo en comento.

Si bien es cierto que el criterio adoptado por la Sala no fue el más afortunado como más adelante explicaremos, no compartimos la excesiva animosidad con la que fue atacada la decisión, pues ello en nada contribuyó en crear un ambiente propicio en el cual discutir a fondo el tema tratado, por demás necesario en este delicado asunto, en el que está en juego no sólo la pacífica y diuturna jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, sino la confianza legítima que transmiten las disposiciones normativas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

De ahí la motivación para preparar este trabajo de análisis académico, en el cual abordaremos qué fue exactamente lo decidido por los tribunales de instancia de acuerdo con la pretensión deducida por el demandante y la excepción opuesta por el demandado, así como la motivación que llevó a estos juzgados a la conclusión jurídica posteriormente anulada por la sentencia de la Sala de Casación Civil objeto de esta crítica.

A su vez, desarrollaremos con base en la doctrina estandarizada sobre la materia, los aspectos legales que en nuestra opinión contradicen al dispositivo del fallo, como la autonomía de la voluntad de las partes; la fuerza de ley que entre las partes tiene el contrato; la compatibilidad de los efectos de la venta de la cosa ajena con los de la venta obligatoria; y, la figura del subarrendamiento previsto en nuestro Código Civil.

¹ Caso El Mesón de la Carne en Vara v. Inversiones Santomera, N° RC.000109, Exp. N° 2020-000115 (SCC/TSJ, 2020).

² “Información Falsa”, Sala de Casación Civil (@salacivil_tsj), acceso el 06 de mayo de 2021, <https://www.instagram.com/p/COiR341BfbY/>.

También haremos un repaso sobre la opinión disidente del Magistrado Francisco Velásquez Estévez, quien se apartó de la mayoría sentenciadora, cuyas consideraciones compartimos, en lo que se refiere a las causales para la declaratoria de nulidad de un contrato, cuando este adolece de vicios que inficionan la voluntad de las partes, el objeto del contrato y su causa.

Con ello, lo que pretendemos es llamar la atención del lector sobre el fondo de lo decidido por la Sala, a fines de estimular el cuestionamiento académico y debate crítico de la doctrina judicial patria en pro de su mejora, siempre con el debido respeto que merece la majestad de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, pero también con la firme convicción que es por medio de estos espacios de razonamiento que podemos aportar al perfeccionamiento del sistema de justicia del cual formamos parte, por ser acaso un deber moral al que estamos llamados todos los que hacemos vida en él.

II. Resumen sobre la decisión impugnada del Tribunal Superior

La controversia inicia a solicitud de la sociedad mercantil EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA (de ahora en adelante como “la parte actora” o “la parte demandante”) por nulidad de relación arrendaticia contra la sociedad INVERSIONES SANTOMERA (de ahora en adelante como “la parte accionada” o “la parte demandada”), en fecha 25 de noviembre de 2010 ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario y Marítimo de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

La parte demandante alegó en su libelo que en el año 1992 celebró un contrato de arrendamiento que dio inicio a la relación arrendaticia con la parte demandada, que ha perdurado en el tiempo hasta la actualidad, y que versa sobre un inmueble constituido por una parcela de terreno ubicada en la ciudad de Valencia con todas las edificaciones construidas, con una extensión aproximada de 13.931,49 mts².

Señala la parte actora, que los contratos que se han celebrado durante el transcurso de la relación arrendaticia se ha mencionado que el bien inmueble pertenece en propiedad a la parte demandada y que en el terreno descrito está constituido un fondo de comercio que es propiedad de la demandante. Entre otras cosas, afirmó la actora que la motivación que tuvo para arrendar ese inmueble era la certeza de que fuesen propiedad del arrendador, a fines de garantizar la seguridad de la ocupación por un tiempo suficiente para la consolidación del punto comercial de su negocio, cuyo objeto social es la venta de comida al público, es decir, un restaurante.

Tan es así, afirma la demandante, que durante veinte años de relación arrendaticia, sólo han celebrado cuatro (4) contratos, en los cuales se han establecido prolongados períodos de arrendamiento, en procura de satisfacer la motivación antes indicada. Sin embargo, en el ínterin de esos veinte años, señala la actora, se han generado comentarios que ponen en duda la titularidad del bien inmueble arrendado y a raíz de ello llevó a cabo una investigación que le permitió conocer que el inmueble objeto de la relación arrendaticia no pertenece en propiedad a la arrendadora, sino que por el contrario, se trata de un terreno ejido propiedad de la municipalidad de Naguanagua en el estado Carabobo.

En efecto, arguye la demandante, la cadena titulativa del inmueble no evidencia que en las oficinas de registro inmobiliario conste documento alguno que demuestre la tradición del inmueble a la Curia Diocesana de Valencia, y sin embargo, en el año 1972, esta Curia Diocesana dio en venta el inmueble a Juan Martínez Campillo, y en el año 1990, éste dio en venta el inmueble a la sociedad mercantil demandada, quien lo ha tenido arrendado por más de veinte años a la parte actora. A decir de la demandante, esto es lo que da origen a su pretensión de nulidad, por no existir “titulativamente” un propietario sobre el inmueble, lo cual indefectiblemente lo hace pertenecer a los llamados bienes públicos, anteriormente conocidos como terrenos realengos o baldíos.

La relación arrendaticia y los contratos que la han estipulado, según los dichos de la demandante, son nulos por ilicitud del objeto, ya que al ser un terreno baldío propiedad de la República, que con la reordenación del régimen de titularidad de las tierras urbanas, estos cambian a terrenos ejidos propiedad de los municipios, los convierte en inalienables, imprescriptibles y fuera del ámbito comercial, por lo que no es posible realizar negocios jurídicos entre particulares que tengan por objeto dichos bienes, de manera que cuando la relación arrendaticia se establece sobre un bien inmueble que no es propiedad del arrendador, se incurre en un error de derecho, al creer el arrendatario que el bien arrendado pertenecía al demandado, cuando la realidad es, según el actor, que toda negociación sobre este tipo de bienes está expresamente prohibida por la ley.

En esencia, la creencia de la parte actora de estar frente al titular del derecho de propiedad del inmueble, del cual sería potencialmente adquiriente por el derecho de preferencia ofertiva, fue fundamental para celebrar el contrato de arrendamiento, por ser esa cualidad indispensable para el establecimiento de su local comercial destinado a la venta de comida, lo cual implica una prolongada permanencia en el inmueble para desarrollar su actividad, cual es la certeza de que poseerá la cosa por un largo tiempo.

Es en virtud de lo anterior que demandó la nulidad del contrato por la ilegalidad de la referida relación arrendaticia y solicitó llamar al Municipio Naguanagua como tercero en la referida demanda.

Por su parte, en la contestación, la parte demandada alega que la pretensión de la demandante no guarda relación lógica con la persona abstracta a quien la ley concede el derecho de acudir a la jurisdicción para solicitar la nulidad del contrato de arrendamiento, es decir, carece de cualidad o legitimidad activa para intentar la demanda de nulidad. Alega la demandada, que la cualidad activa la tiene quien se considere el legítimo propietario del inmueble arrendado y al no ser ese el caso, la parte demandante no goza de la facultad de ejercer la acción de nulidad contra el contrato de arrendamiento.

La parte demandante en su contestación negó que el contrato existente entre las partes esté viciado de nulidad, por cuanto lo cierto es que desde el inicio del mismo hasta la actualidad, el demandante gozaba de la titularidad del terreno arrendado, sin que existiera a la fecha una decisión definitivamente firme que haya anulado la venta que acredita su propiedad mediante documento debidamente protocolizado. También negó que la relación arrendaticia fuese ininterrumpida desde 1992, por cuanto en el año 2002, se celebró un nuevo contrato con la sociedad mercantil EL MESÓN DEL NORTE sobre el mismo terreno que viene ocupando la demandante, por lo que nació una nueva relación jurídica con la demandante, cuya última renovación fue en el año 2008.

También señaló el demandado en su contestación, que las normas que regulan el arrendamiento inmobiliario no exigen que para ser arrendador sea un requisito indispensable ser propietario del inmueble a arrendar, y según sus dichos, la ley distingue entre propietario y arrendador como distintos sujetos, y que en todo caso, los contratos celebrados entre el demandante y el demandado cumplieron con todas las formalidades que exige la ley para su validez, cuales son el libre consentimiento, capacidad de obrar, objeto y causa lícita.

Concluye el demandado en su contestación, que aún en el supuesto negado que el inmueble verdaderamente sea propiedad del municipio Naguanagua, su inalienabilidad no impide en modo alguno su arrendamiento.

En fecha 16 de junio de 2014, el Juzgado de Primera Instancia declaró sin lugar la demanda de nulidad de contrato de arrendamiento interpuesta por EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA contra INVERSIONES SANTOMERA, y contra la mencionada decisión, la parte demandante ejerció recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos el 23 de julio de 2014. La decisión en comento, por haber sido confirmada en alzada como en breves analizaremos, no será objeto de resumen en este trabajo, por cuanto excedería de los

límites de su extensión y no aportaría mayor profundidad que la sentencia del Superior, en la que nos concentraremos antes de pasar a la decisión criticada dictada por la Sala de Casación Civil.

En efecto, una vez cumplidos los trámites de distribución, correspondió al Juzgado Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo conocer de la apelación y en fecha 17 de enero de 2020 dictó sentencia definitiva en favor del demandado arrendador y en contra del demandante arrendatario, como de seguidas será resumido.

El juez de la alzada, en ejercicio de su potestad jurisdiccional y en atención al principio de la doble instancia, revisó de nuevo los argumentos de hecho y de derecho producidos por las partes, tanto en la pretensión deducida por el demandante como en las excepciones opuestas por el demandado, como la falta de cualidad o legitimación activa, la ilicitud del objeto y la propiedad del inmueble.

Al respecto, sobre la falta de cualidad alegada por el demandado como una defensa previa al fondo de la demanda el Tribunal consideró que sobre la base de las reglas de la legitimidad que la doctrina procesal se ha encargado de desarrollar, entre los cuales se halla el maestro Luis Loreto, es imperativo que exista una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley le concede la acción; y la relación de identidad lógica entre la persona del demandado, también concretamente considerado, y la persona abstracta contra quien la ley concede la acción.

Señala este autor, citado por la sentencia, que si la cualidad es una relación de identidad lógica entre los sujetos concretamente considerados como litigantes y las personas abstractas a quien la ley señala, el problema es de índole práctico e instrumental, en el sentido de saber y determinar cuál es el criterio o método que debe seguirse para fijar en el proceso esa relación de identidad. Tradicionalmente, menciona el fallo, lo que se ha afirmado es que tienen cualidad para intentar y sostener el juicio, los sujetos que figuran como titulares activos y pasivos de la relación jurídica material que es objeto del proceso.

Esa determinación, como observa el Superior, no puede hacerse libremente por la pura afirmación del actor en los términos que plantea su demanda, sino que la efectiva y real titularidad de la relación jurídica cuya tutela judicial se solicita, forma el objeto mismo e inmediato del juicio, cuya existencia concreta se afirma en la demanda. En ese sentido, prosigue la sentencia señalando que, mientras que sobre esa relación litigiosa no recaiga una decisión definitivamente firme con autoridad de cosa juzgada, no puede afirmarse jurídicamente que la relación o estado jurídico es realmente existente.

Dicho de otro modo, que la legitimación activa y pasiva no se limita a la capacidad de obrar que tienen las partes respecto del derecho que reclaman como un aspecto formal de la controversia, sino que el operador de justicia, al analizar el fondo de la controversia, debe determinar la existencia de dicha relación jurídica y si esta guarda una relación práctica entre quien reclama ese derecho y contra quien es reclamado.

Como se comentó al inicio de este trabajo, la pretensión de la demandante era la nulidad de la relación arrendaticia que mantenía con su arrendador, y que en efecto, ha sido arrendataria por muchos años y ha suscrito reiterados contratos de arrendamiento con la parte demandada. De acuerdo a los propios alegatos formulados por la demandante, afirma la sentencia de alzada, es parte de la relación jurídica cuya nulidad pretende, por cuanto afirma ser arrendataria, y en criterio del Tribunal Superior, tiene cualidad activa para intentar y sostener el juicio, por lo que la defensa previa al fondo de falta de cualidad debe forzosamente declararse improcedente, como fue decidido.

Resulta importante destacar este pronunciamiento porque, como había sido alegada la falta de cualidad por la parte demandada en su contestación como una excepción previa al fondo, en el sentido de que la ley solo le concede la acción indemnizatoria al arrendatario que vea perturbado el goce a consecuencia de una acción relativa a la propiedad de la cosa, pero no la acción de nulidad del contrato de arrendamiento que tenga por causal que su arrendador no sea propietario del bien arrendado, porque dicha acción, en principio, le corresponde a quien alegue tener un derecho preferente sobre la cosa arrendada, como profundizaremos más adelante.

La sentencia del Tribunal Superior estableció que era un hecho reconocido por ambas partes, que en el año 1992 la demandante celebró contrato de arrendamiento con la demandada dando inicio a la relación arrendaticia, relación que se había prolongado hasta la actualidad, sobre un inmueble ubicado en el sector las Clavellinas, municipio Naguanagua del estado Carabobo con todas las edificaciones allí construidas, con una extensión aproximada de 13.931,49 mts².

La decisión no pasa por alto el hecho, cual era parte fundamental del *thema decidendum*, que si bien la relación arrendaticia no estaba controvertida, la causa por la cual había sido celebrado el contrato estaba entredicha, toda vez que la demandante insistía que su única motivación en mantener el contrato de arrendamiento era la certeza que el bien fuese, en efecto, propiedad del arrendador, para garantizar la permanencia prolongada en el tiempo de su fondo de

comercio, de suerte que sirviera para la consolidación de su establecimiento mercantil.

En el contrato de arrendamiento inicial, como en los sucesivos que renovaron la relación arrendaticia, siempre se hizo mención a que la titularidad del bien estaba en cabeza del arrendador, según constaba de documento protocolizado en un Registro Público de Valencia, el cual nunca fue objeto de nulidad o tacha de falsedad.

Sin embargo, uno de los elementos analizados por el juzgador, es que luego de una larga relación jurídica que se prolongó cerca de veinte años, la demandante ordenó por su propia cuenta, la realización de estudios documentales que la llevaron a la convicción que el inmueble objeto de la relación arrendaticia no era propiedad de la arrendadora, sino que, por el contrario, era un inmueble perteneciente a la categoría de los bienes públicos, en concreto, un terreno ejido y en tal carácter propiedad del municipio Naguanagua del estado Carabobo y como consecuencia de lo anterior, tanto la relación arrendaticia como los contratos de arrendamiento que se habían venido celebrando son nulos por ilicitud del objeto, ya que al ser originalmente calificado como terreno baldío el inmueble perteneció en propiedad, primeramente, al dominio privado de la República y con la modificación de las normas que regulan la titularidad de la tierra, los terrenos baldíos urbanos pasaron a ser ejidos municipales y por ende, al dominio público de los municipios, lo cual, a decir de la demandante, los convierte en bienes inalienables, imprescriptibles y los pone fuera del ámbito comercial, y como consecuencia de lo anterior, se incurre en error de derecho cuando en una relación arrendaticia se da sobre un bien que no pertenece en propiedad a persona particular alguna, por creerse que la cosa pertenece al arrendador, quien en tal carácter lo daba en arrendamiento, cuando la realidad es que el bien objeto del contrato no sólo no era de su propiedad, sino que cualquier negociación sobre este tipo de bienes estaba prohibida por previsión legal expresa.

Es por ello que, prosigue la decisión, la demandante deduce que, al haber creído falsamente que estaba en presencia del verdadero dueño del bien inmueble y frente al cual podía eventualmente oponer su derecho de preferencia ofertiva para adquirir el bien en propiedad, esta era el verdadero centro de gravedad del contrato y se trataba de una circunstancia fundamental para su celebración, siendo esa cualidad de dueño esencial e indispensable para consolidar su establecimiento comercial de su fondo de comercio destinado a la prestación del servicio de restaurante, que supone una prolongada tenencia del inmueble, así como la seguridad de la posesión pacífica de la cosa. Como consecuencia de lo anterior, solicitó al Tribunal la nulidad del contrato de arrendamiento por ilicitud del objeto y la ilegalidad de la relación arrendaticia.

Es importante destacar en este punto que, si bien esos fueron los alegatos de la demandante en su libelo, de sus dichos no se desprende que haya sufrido perturbación alguna en la posesión pacífica del inmueble arrendado, ni por acto de un tercero, ni por la acción legal de quien se presume propietario verdadero de la cosa, sino que se limitó a decir que tenía un temor grave de que tal situación ocurriera.

Así las cosas, resumidos como han sido los alegatos de la parte demandante analizados por la sentencia, pasaremos ahora a mencionar brevemente cuáles fueron los argumentos de la demandada que el Tribunal tomó en cuenta al momento de decidir. Como lo vimos al principio, la demandada estableció en su contestación como una defensa previa al fondo, que la demandante carecía de legitimidad activa para ejercer la acción de nulidad, por cuanto no guardaba un nexo lógico con la persona abstracta a quien la Ley concede el derecho de acción para solicitar la nulidad de la relación arrendaticia, en la medida que dicha acción sólo puede ser ejercida por se considere propietario del inmueble, sin embargo, dicha defensa previa fue desechada por el Tribunal Superior en la definitiva.

No obstante lo anterior, el Superior acotó que el demandado rechazó y negó que el contrato existente entre las partes estuviera viciado de nulidad, por cuanto lo cierto era que para el momento de suscribir el contrato y aún para el momento de la interposición de la demanda, el arrendador demandado gozaba del carácter de propietario del terreno arrendado, sin que existiera hasta esa fecha una sentencia definitivamente firme que haya anulado la venta que lo acreditaba como tal. En su defensa, el demandado negó por ser falso que desde el año 1992 existiera una relación arrendaticia ininterrumpida, ya que en el año 2002 celebró contrato de arrendamiento con la sociedad de comercio EL MESÓN DEL NORTE C.A. –una sociedad mercantil distinta– sobre ese mismo terreno que ocupa la demandante, y que posteriormente suscribió un nuevo contrato ahora sí con la demandante en el año 2006, y cuya última renovación fue en el año 2008.

Por último, la sentencia estableció que como excepción opuesta y adicional a las anteriores, el demandado afirmó que las normas relativas a los arrendamientos inmobiliarios no exigen que para ser arrendador sea un requisito indispensable ser el propietario del inmueble, y que esto tan es así, que la misma ley distingue entre propietario y arrendador como personas distintas y separadas, pero además, los contratos celebrados entre las partes cumplieron con los elementos de validez exigidos por la norma sustantiva civil, cuales son el consentimiento, capacidad, causa y objeto lícito. Concluye el demandado, según lo que

nos dice la sentencia, que en el supuesto negado en que se verificase que el inmueble es propiedad del municipio, su inalienabilidad no impide que se celebren negocios jurídicos como el arrendamiento.

Llegados a este punto, no entraremos en el intrincado análisis de las pruebas que realizó el Tribunal Superior, pues ello excedería de los límites de este trabajo en virtud de lo extenso que resultó dicho análisis. Baste para nosotros resumir cuáles fueron los hechos que quedaron demostrados y que fueron determinantes para la decisión de la presente controversia.

Como lo mencionamos antes, es hecho no controvertido la existencia de la relación arrendaticia cuya nulidad se pretendía, pero además, los cinco contratos de arrendamiento y recibos de pago del canon de arrendamiento promovidos por las partes demostraron su larga duración en el tiempo, siendo inútil, como resulta obvio, el debate sobre la interrupción o no de la relación arrendaticia.

No obstante, quedó demostrado con prueba documental la existencia de un documento registrado en fecha 20 de noviembre de 1990, antes del comienzo de la relación arrendaticia, mediante el cual la parte accionada compró el inmueble objeto del alquiler, y no se logró demostrar que el referido documento haya sido anulado, allende que con las pruebas documentales y de informes aportadas tanto por la Dirección de Desarrollo Urbano como la Dirección de Hacienda de la Alcaldía de Naguanagua, se evidenció que el inmueble se encuentra inscrito en la oficina de catastro de la referida Alcaldía a nombre de la demandada (INVERSIONES SANTOMERA C.A.), quien había pagado impuestos sobre el inmueble en los años 2010 y 2011, previo a la interposición de la demanda.

Como la parte demandante, que en un principio había alegado que el inmueble que le fue arrendado se trataba de un bien ejido y que en virtud de ello pertenecía al dominio del municipio Naguanagua del Estado Carabobo, no logró demostrar dicha afirmación, ya que de las documentales aportadas sólo resultaba pertinente el contrato mediante el cual la Curia Diocesana de Valencia dio en venta al ciudadano Juan Martínez Campillo el inmueble objeto de este proceso y que luego éste señor, conjuntamente con Eliane Peller De Martínez, lo dieron en venta a la demandada (INVERSIONES SANTOMERA, C.A.). Pero es que además, como no existía evidencia alguna que demostrara que los documentos que atribuyen la propiedad a la demandada se encontraban anulados, no había motivo alguno para desconocer la propiedad del inmueble a la parte demandada, y resultaba forzoso para ese Tribunal reconocer la titularidad del bien a su dueño, parte accionada en el presente procedimiento.

Es de hacer notar que en el juicio seguido para este caso, fueron notificados el Síndico Procurador y el Alcalde del municipio Naguanagua en fecha 28 de enero de 2011, sin que hubiese constancia para el momento de la decisión que el municipio hubiese alegado derecho alguno sobre el inmueble objeto de la relación arrendaticia cuya nulidad se pretendía, por lo que éste no tenía interés legítimo y actual sobre ese terreno.

En lo que respecta al error de derecho alegado por la parte demandada, en cuanto a su motivación para contratar con la demandada (esto es, que la arrendadora fuese propietario del inmueble), la sentencia hace referencia a este como el primero de los vicios del consentimiento que establece nuestra legislación, que se distingue en dos tipos de error, a saber: el de hecho y el de derecho, cual es el invocado por la parte demandante.

Señala el fallo que el artículo 1.147 del Código Civil, es el que contempla el error de derecho como causa de nulidad del contrato, siempre que haya sido la causa única o principal del mismo: “El error de derecho produce la nulidad del contrato solo cuando ha sido la causa única o principal.”

No obstante, en el caso en comento, la demandante alegó que entre las razones que la motivaron a establecer la relación arrendaticia, estuvo la certeza que el bien fuese propiedad del arrendador, con el fin de garantizar la estabilidad del arrendamiento por tiempo suficiente para la consolidación de su negocio, pero al mismo tiempo, en su libelo afirmó que la relación arrendaticia había permanecido alrededor de veinte años, y es el caso que en su demanda la calificó como una “larga relación jurídica”, de lo que se dedujo que su motivación de tener una relación arrendaticia de extendida duración estuvo plenamente satisfecha.

En efecto, a la luz de los hechos, no parece sostenerse el argumento de error de derecho como un vicio que afecte la causa del contrato, porque no fue la única ni principal causa por la cual se contrató. Recordemos que el artículo 1.579 del Código Civil define el contrato de arrendamiento como aquel por el cual una de las partes contratantes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga a pagar a aquella.

Del cúmulo de pruebas aportadas por las partes, se evidenció la existencia de cinco (5) contratos de arrendamiento, continuos y consecutivos, además de recibos correspondientes al pago de los cánones de arrendamiento exigidos, por un lapso de veinte (20) años, por lo que razonablemente se puede inferir que la causa alegada por el demandante como no cumplida, como lo era mantener por

muchos años su negocio en el mismo lugar, se satisfizo por completo en el caso que nos ocupa.

Así las cosas, la sentencia en su definitiva estableció que, en adición a lo anterior, el objeto de un contrato será ilícito cuando éste viole el orden público o las buenas costumbres, pero comoquiera que el arrendamiento de un inmueble cuya de propiedad se evidencia del título registrado a favor del arrendador, que lo da en alquiler con fines comerciales, no contraría ninguna disposición de orden público, y como esto tampoco es contrario a las buenas costumbres, puesto que no quedó demostrado que se tratara de un terreno ejido como alegó la parte demandada, resulta forzoso concluir para esta Superioridad que la pretensión de nulidad de arrendamiento no puede ser declarada con lugar, lo que trae como consecuencia que el recurso de apelación ejercido por la demandante sea desechado y confirmada la sentencia recurrida que declaró sin lugar la demanda intentada por EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA.

III. Resumen de lo decidido por la sentencia de la Sala de Casación Civil

La sentencia casa totalmente y sin reenvío la decisión recurrida, dictada por el Juzgado Superior Segundo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado, por infracción de ley por silencio de pruebas. La sentencia declara la nulidad de los contratos de arrendamiento, por no tener la arrendadora el carácter de propietario de los terrenos arrendados. A continuación, un resumen de lo decidido:

Según el fallo *in comento*, en el petitorio de la demanda se pide (i) la nulidad de los contratos de arrendamientos de un lote de terreno cuya extensión aproximada de trece mil quinientos metros cuadrados (13.500 mts²); y (ii) por vía de consecuencia, la posesión plena de la demandante del inmueble mencionado.

La pretensión de nulidad de los contratos de arrendamientos del bien inmueble tiene dos fundamentos, la titularidad municipal de los terrenos ejidos: art. 146 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), y la no acreditación de la propiedad que otorgan los títulos supletorios: art. 937 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales citados por la sentencia, la Sala ratifica que el efecto de un título supletorio son diligencias para asegurar la posesión, donde quedan en todo caso a salvo los derechos de los terceros, que conjugado el término posesión judicial, es por medio del cual se declara la posesión sobre bienhechurías mas no el derecho de propiedad sobre el terreno en el cual se encuentran construidas.

La Sala observó que el juez de alzada en el análisis de las pruebas documentales marcadas que constan en el expediente omitió referirse al derecho que trasladaban como lo era la posesión y siendo que los títulos supletorios no acreditan derecho de propiedad, con este solo se acreditaba la propiedad sobre las bienhechurías así como la posesión de las mismas, razón por la que se evidencia que efectivamente incurrió en el error de silencio parcial de prueba, lo cual fue determinante en el dispositivo del fallo.

En ese sentido la Sala constató que mal pudieran haberse vendido los terrenos de los cuales solo se tenía exclusivamente la posesión judicial la cual fue cedida mediante testamento y posteriormente ratificada por título supletorio, lo que evidencia efectivamente que el vendedor compró las bienhechurías más no los lotes de terrenos sobre las cuales estaban fabricadas las mismas, en consecuencia no podía éste haber vendido posteriormente los terrenos a la compañía demandada INVERSIONES SANTOMERA C.A., al no ser titular del derecho de propiedad.

La Sala estimó que dicha omisión en el análisis probatorio de las documentales precedentemente expuestas fue determinante en el dispositivo del fallo, pues al no ser titular del derecho de propiedad sobre el lote de terreno denominado “CLAVELLINAS”, mal podría haber vendido el vendedor a la compañía demandada INVERSIONES SANTOMERA C.A., y esta menos aún tenía facultad para arrendar dicho lote de terreno al no ser titular de dicho derecho.

En ese sentido y partiendo del hecho de que la acción está referida a la nulidad de los contratos de arrendamiento suscritos desde el año 1992 hasta nuestros días entre el demandante EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA C.A., con la persona jurídica accionada INVERSIONES SANTOMERA C.A., de un lote de terreno cuya extensión aproximada de trece mil quinientos metros cuadrados (13.500 mts²), llamado Las Clavelinas, observa la sentencia que al constatar que efectivamente lo que se transmitió por parte de la Curia Diocesana de acuerdo al testamento mencionado en el fallo fue el derecho a la posesión de los terrenos así como el derecho de propiedad de las bienhechurías, y siendo que INVERSIONES SANTOMERA C.A., no tenía derecho de propiedad sobre dicho lote de terreno, en consecuencia, de acuerdo a la vida jurídica y tracto sucesivo verificado en los autos de los citados terrenos llamados Las Clavellinas, se declaró la nulidad del documento mediante el cual la demandada compró un lote de terreno ubicado en el sitio denominado Las Clavellinas, Municipio Naguanagua del estado Carabobo a los ciudadanos que allí se mencionan, y declaró la nulidad de los contratos de arrendamientos, con base en la existencia de un vicio para la validez de los mismos, como lo es el hecho de que la arrendadora

INVERSIONES SANTOMERA no era la propietaria de dicho terreno y tampoco estaba autorizada para suscribir dichos contratos de arrendamientos.

Como consecuencia de lo anterior, y de acuerdo con los razonamientos precedentemente citados, la Sala declaró con lugar la demanda de nulidad de los contratos de arrendamientos: de un lote de terreno cuya extensión aproximada es de trece mil quinientos metros cuadrados (13.500 mts²), llamado Las Clavelinas, interpuesta por la sociedad de comercio EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA C.A. contra sociedad de comercio INVERSIONES SANTOMERA C.A. y por vía de consecuencia, quedó en plena posesión la sociedad mercantil EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA C.A. del mencionado inmueble.

IV. *El análisis crítico de la decisión de la Sala de Casación Civil*

1. El carácter restrictivo de las causales de nulidad bajo el Código Civil

Nuestro cuerpo normativo prevé una serie motivos por los cuales una de las partes puede solicitar la nulidad de un acuerdo contractual. Estas causales que más adelante desarrollaremos son limitativas, de suerte que no se pueda abusar de ellas para eludir como si nada las obligaciones estipuladas por las partes en el contrato. Con este precedente recientemente esgrimido por la Sala, tenemos que en materia contractual, sea de la índole que fuere, la acción de nulidad se podría intentar por cualquier causal alegada por el demandante y no por las establecidas por el Código Civil en su artículo 1.141, en el que se describen las condiciones existenciales que debe tener todo contrato para ser reputado como válido, y cuyo incumplimiento por cualesquiera de las partes viciaría de nulidad el mismo, a saber: 1^a. El consentimiento de las partes; 2^a. Que el objeto pueda ser materia de contrato; y 3^a. Que tenga causa lícita. En la sentencia *in comento*, no se hizo referencia a que el contrato estuviese inficionado de vicios en el consentimiento, ni que el objeto del contrato no era posible, lícito, determinado o determinable, como tampoco se hizo mención alguna de la ilicitud o falsedad de la causa, que son las causales de anulabilidad de los contratos según nuestro Código Civil.

La sentencia anulada por el fallo de la Sala de Casación Civil, en cambio, sí trató la nulidad peticionada por la demandante, no obstante verificando que no había lugar a ella, pues después de realizado el respectivo test para determinar si la relación contractual adolecía de algún vicio que la hiciera anulable, llegó a la forzosa conclusión que la misma reunía todos los elementos para su validez.

Sin embargo, para cumplir con el objeto de este trabajo, conviene abordar primero de forma sucinta dos cosas: (i) el principio de autonomía de la voluntad de las partes; y (ii) los elementos de validez de los contratos, que en ausencia de ellos, acarrea indefectiblemente la inefectividad de las disposiciones contractuales estipuladas por las partes. Para ello utilizaremos la doctrina autorizada en ese respecto, cuyos criterios hoy en día son un verdadero estándar en el derecho.

No podemos hablar de un contrato sin la concurrencia de voluntades para la normativización de una obligación o de un hecho susceptible de crear efectos jurídicos. Para que esta sea válida, ora de forma unilateral, ora de forma recíproca, esa concurrencia debe ser libre de toda coacción, autónoma, entre personas con capacidad de obrar, debe versar sobre un objeto posible y la relación jurídica pretendida debe estar permitida por la ley.

Es así, como para el maestro Mélich-Orsini, parafraseando al Código Napoleónico, señala que la fuerza obligatoria de los contratos se cimenta en el consenso de voluntades y que según Kant para que esa voluntad sea válida debe ser autónoma, que la diferencia de cualquier otro ente, ésta tiene la particularidad de determinarse a sí misma en virtud de su propio contenido.

Trasladada esta idea al campo del derecho y a los antagonismos postulados por las parejas de conceptos *voluntad-norma* o *libertad-autoridad*, da lugar a la cuestión de la “autonomía privada”, que comprende dos órdenes básicos de problemas, a saber: 1º) Posición del sujeto en el ámbito de su particular esfera jurídica, caracterizada por su libertad para gozar y ejercer sus derechos subjetivos y sus situaciones subjetivas activas, ejercer sus poderes, resolver sobre el cumplimiento o no de cargas, etc.; y 2º) Posición de poder en que se halla ese mismo sujeto para determinar por sí mismo sus relaciones jurídicas con los otros sujetos mediante el ejercicio de su libertad y dentro de los confines de lo lícito. Este último sentido es el que constituye la base de la teoría del negocio jurídico y al que suele aludirse en propiedad con la expresión “autonomía de la voluntad”³.

Bien lo señala el autor, la autonomía privada orbita sobre dos nociones, primero, que la persona disponga de capacidad jurídica para obligarse en nombre propio o de un tercero, si se da el caso de la representación, y, segundo, que esa capacidad se vea recíproca por la de otros sujetos en las mismas condiciones de libertad y que no se realice en contravención de la legislación vigente. No se trata, pues, de una mera consideración académica, sino que es un

³ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato. 4ª Edición* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006), 19-20.

poder intrínsecamente ligado al marco normativo existente en un momento dado.

En nuestra legislación, se encuentra previsto en el artículo 1.159 del Código Civil, que reconoce este poder de los particulares, de reglamentar por sí mismos el contenido y la modalidad de las obligaciones que se imponen. En palabra del legislador, reza lo siguiente: “Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o *por las causas autorizadas por la Ley.*”

Este reconocimiento que hace el legislador, de equiparar la autonomía de la voluntad a los mismos efectos que ha de producir la Ley entre las partes no es un asunto de poca monta, sino que acarrea severas consecuencias, a las que de seguidas nos referiremos, pero que nos parece importante destacar la siguiente: los contratantes pueden disponer todo cuanto no sea contrario a la Ley, sin que ello implique que deban reglamentar sus obligaciones de acuerdo a su mejor parecer, pudiendo derogar o relajar aquellas normas, siempre y cuando no sean de orden público.

Para los profesores Garrigo y Zago, reconocidos autores argentinos, no se trata de una incorporación a la ley de las disposiciones contractuales, sino una asimilación de sus efectos.

No se quiere significar con ello que la eficacia del contrato se ha incorporado a la ley, como ya lo hemos expresado en el Capítulo I, pues tal concepto es absolutamente extraño al pensamiento del legislador, sino que se quiere expresar un concepto más modesto, aunque más significativo: que las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato según el tenor del mismo (Messineo, Manual de derecho civil y comercial, t. IV, Derecho de las obligaciones, Parte general, parág. 136, n° 3, pág. 491, Buenos Aires 1979).⁴

En resumidas cuentas, las partes contratantes lo hacen en el marco del libre ejercicio de sus voluntades, a cuyas estipulaciones acuerdan someterse y acuerdan cumplir con sus prestaciones en las condiciones pactadas, sin que nada tengan que venir a cuento las disposiciones legales de derecho privado, pues estas son supletorias. Aun así, su contenido es ley entre las partes y de cumplimiento obligatorio. Así lo señalan los autores de la reconocida trayectoria que hemos citado, como el que de seguidas mencionamos.

En otros términos: las partes contratantes determinan libremente y sin intervención de la ley, pero con una eficacia que el propio legislador compara con la de la ley, los contratos que ellas celebran; y lo hacen según sus intereses

⁴ Roque Garrido y Jorge Zago, *Contratos civiles y mercantiles, tomo I, Parte General* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989), 292.

particulares, sin tener que sujetarse a las reglas del Código Civil, ni en cuanto a los tipos de contratos que prevé el Código Civil, ni en cuanto a las normas específicas que éste trae para cada contrato particular. En materia contractual debe tenerse, pues, como un principio, que la mayor parte de las disposiciones legales son supletorias de la voluntad de las partes, esto es, dirigidas tan sólo a suplir el silencio o insuficiencia de previsión de las partes⁵.

Señala el autor Francisco López Herrera, que la mayoría de las disposiciones normativas relativas a la materia contractual son *supletorias*, porque rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que significa que sólo aplican a los contratos a falta de manifestación de voluntad hecha respecto a las partes contratantes. El resto de las disposiciones, al contrario, son *imperativas* o *prohibitivas* y son verdaderas imposiciones de determinada conducta o prohibiciones de manifestaciones de voluntad en determinado sentido, y no le es permitido a las partes modificar o derogar las unas ni las otras⁶.

Según este mismo autor, la violación de una de estas normas *imperativas* o *prohibitivas* trae como consecuencia la ineficacia del contrato, esto es, la *nulidad* e *inoponibilidad*. Para este trabajo, abordaremos únicamente lo relativo a la nulidad contractual, por ser la consecuencia jurídica que aplicó la Sala de Casación Civil al caso en comento. Al respecto, comenzaremos por decir lo obvio, que en palabras del citado autor: “un contrato es nulo cuando por razones legales es ineficaz o insuficiente para producir los efectos deseados por las partes, *tanto respecto de ellas entre sí, como respecto de terceros*.”⁷.

Así las cosas, el Código Civil establece expresamente cuáles son las condiciones esenciales para la existencia de un contrato, cuya ausencia de alguna de ellas comporta su nulidad.

Artículo 1.141. Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son:

- 1ª. Consentimiento de las partes;
- 2ª. Objeto que pueda ser materia de contrato; y
- 3ª. Causa lícita.

Artículo 1.142. El contrato puede ser anulado:

- 1º. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y
- 2º. Por vicios del consentimiento.

⁵ Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*. 4ª Edición, 20.

⁶ Francisco López Herrera, *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1952), 15.

⁷ *Ibid.*, 16.

Entonces, para entender si se dieron alguna de las causales previstas en la Ley que conllevan a la anulabilidad del contrato de arrendamiento, es necesario que repasemos la situación fáctica narrada por las partes en el proceso, ampliamente descrita en el capítulo anterior, cuando resumimos la sentencia dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo el 17 de enero de 2020.

Las partes suscribieron un contrato de arrendamiento en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad (*consentimiento*), el arrendador se comprometió a permitir el uso, goce y disfrute del bien arrendado y el arrendatario se comprometió al pago de un canon por ese uso, goce y disfrute (*objeto*), a través de una relación contractual establecida en la ley para satisfacer esa función (*causa*).

Si el vínculo contractual entre las partes se dio en ejercicio de su libre autonomía para reglamentar la relación obligacional a que se comprometieron (esto es, dar en posesión un bien a cambio de una contraprestación dineraria mensual); si el inmueble objeto de ese contrato pertenecía en propiedad al arrendador en virtud de un título registrado; y si el contrato de arrendamiento es un contrato típico, establecido en la Ley, para satisfacer el fin querido por las partes, podemos afirmar que el contrato era válido y éste tenía plenos efectos entre los contratantes.

Ahora bien, si era el caso que los elementos existenciales del contrato se encontraban satisfechos como hemos afirmado, la forzosa conclusión a la que debió llegar la Sala no era declarar con lugar su nulidad, sino al contrario, confirmar la decisión del Juzgado Superior, de cuyo criterio es posible disentir, pero resulta incuestionable que la conclusión alcanzada por esa sentencia fue la correcta, porque no se encontraban satisfechos los requisitos para declarar la nulidad del contrato.

Es por esta razón que se encontró necesario realizar esta crítica, y se observa con preocupación que la Sala se excediera de los límites de su actividad jurisdiccional, al fundamentar su decisión en que la acción de nulidad del contrato de arrendamiento era procedente en favor del arrendatario, que gozó por muchos años de la posesión pacífica e ininterrumpida del bien arrendado, por la supuesta falta de titularidad o dominio de quien suscribe en carácter de arrendador aun y cuando su título no se encontraba viciado, como quedó demostrado en autos.

2. **Sobre la venta de la cosa ajena y el arrendamiento de la cosa ajena**

Por disparatado que pueda parecer, la venta de la cosa ajena es una figura legal permitida en Venezuela, sin perjuicio de los derechos de propiedad del verdadero dueño. El artículo 1.483 del Código Civil establece: “La venta de la cosa ajena es anulable, y puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, si ignoraba el comprador que la cosa era de otra persona.” De modo que, si una persona compra una cosa y descubre que pertenecía a otra persona distinta del vendedor, ésta puede reclamar la indemnización por daños y perjuicios, e incluso el reembolso del precio más los gastos empleados en las mejoras realizadas a la cosa, si ocurre un hecho que le prive del todo o parte de la cosa vendida, como en efecto pudiera suceder, si el verdadero dueño de la cosa reclama por vías legales la restitución de su propiedad.

En ese sentido, si la propia ley permite la enajenación de la cosa ajena, dando al comprador de buena fe una acción restitutoria si fuese perturbado en todo o en parte de la posesión del bien adquirido, cuanto más resulta plausible el arrendamiento de la cosa ajena, empleando el viejo aforismo latino *a maiori ad minus*, según el cual, el que puede lo más, puede también lo menos.

Pero es que además, no encontramos en nuestra ley prohibición alguna que impida a quien no es propietario de una cosa, darla en arrendamiento si expresamente se encuentra autorizado para ello. En efecto, nuestro Código Civil prevé en su artículo 1.538, que el arrendatario tiene derecho de subarrendar y ceder, si no hay convenio expreso en contrario.

Es por ello que luce desproporcionada la consecuencia jurídica de la sentencia que recayó sobre el arrendador quien además es propietario del inmueble, pues en primer lugar, quedó demostrado con el documento protocolizado de compra venta del inmueble, que el arrendador lo adquirió en propiedad de su anterior e inmediato dueño, y que para el momento de suscribir el contrato de arrendamiento no existía sentencia definitivamente firme que haya anulado la compra-venta del inmueble, como tampoco existe obligación para el comprador de conocer la existencia del tracto sucesivo o cadena titulativa de la cosa comprada, pues la propiedad se presume válida si el vendedor tiene su título de propiedad registrado o autorizado por una oficina pública con las formalidades de ley, como en efecto ocurrió en este caso. Esto se debe a que, al menos en Venezuela, constituye prueba válida de la propiedad el justo título, es decir, aquel que es capaz de transferir dominio, aunque ese título esté viciado, siempre y cuando el vicio no sea conocido por el poseedor, como está establecido en el artículo 788 del Código Civil: “Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en

fuerza de justo título, es decir, de un título capaz de transferir el dominio, aunque sea vicioso, con tal que el vicio sea ignorado por el poseedor.”

Como quiera que la demandada en fecha 20 de noviembre de 1990, compró un lote de terreno ubicado en el sector denominado Las Clavellinas en el Municipio Naguanagua del estado Carabobo a los ciudadanos Juan Martínez Campillo y Eliane Peller De Martínez, pero además lo venía poseyendo pacíficamente dicho inmueble con ánimo de propietario, llegando inclusive a arrendarlo, como resulta evidente para este trabajo que el arrendador (i) era propietario; (ii) aseguró y mantuvo para su arrendatario la posesión pacífica que él mismo venía disfrutando; (iii) ningún tercero disputó su propiedad mediante las acciones que dispone la ley; y (iv) su título de propiedad no había sido declarado nulo por sentencia definitivamente firme; de allí la desproporcionalidad de la condena, en el sentido de despojar al arrendador de su propiedad para dejarla en posesión de un tercero no en virtud de un título capaz de transferir el dominio, sino de una disposición judicial.

Además, aunque el título del demandado por el cual adquirió el inmueble hubiese sido declarado nulo por cualquier otra causal que no fuese el defecto de forma, la prescripción operaba en su favor a diez años de haberse registrado el documento de compra venta, por así establecerlo el Código Civil:

Artículo 1.979. Quien adquiere de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble, en virtud de un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, prescribe la propiedad o el derecho real por diez años, a contar a la fecha del registro del Título.

Para la doctrina estandarizada en el tema, cuando se trata de los efectos de la venta de la cosa ajena, es reconocido que esta produce los mismos efectos que la venta normal, mientras el título no sea declarado nulo.

Aun cuando la venta de la cosa ajena es anulable, el contrato produce importantes consecuencias jurídicas entre las partes. En efecto, si bien la nulidad puede ser inmediatamente invocada por el comprador, mientras la misma no sea declarada por la autoridad competente, el contrato produce para el comprador y el vendedor todos los efectos de que es capaz, especialmente por lo que respecta a la entrega y garantía de la cosa y el pago del precio⁸.

Es decir, la venta de la cosa ajena produce plenos efectos compatibles con la venta obligatoria⁹, antes de su declaratoria de nulidad. Para el comprador, si el verdadero dueño no ejerce su derecho a reclamar la cosa, puede adquirirla

⁸ Enrique Urdaneta Fontiveros, *La venta de la cosa ajena* (Caracas: Ediciones Líber, 2005), 57.

⁹ Sobre la venta obligatoria puede revisarse la obra de Alessandro Rizzieri. *La vendita obbligatoria* (Milano: Giuffrè Editore, 2000)

por prescripción, pero si el dueño sí reclama y reivindica su propiedad, tiene a su favor el derecho de saneamiento que establece el Código Civil en sus artículos 1.504 y siguientes¹⁰.

Es por ello que nos preguntamos, y de ahí la crítica que hacemos, si la Ley otorga plenos efectos jurídicos a la venta aunque el título esté viciado mientras este no sea declarado nulo, y entre las partes operan sendos derechos y obligaciones que comporta la venta, ¿cómo podría ser anulado un contrato de arrendamiento por no tener el arrendador el carácter de dueño?

¿No permite acaso el Código Civil –como señalábamos antes– el arrendamiento del bien arrendado por parte del arrendatario a un tercero, en un acto conocido como “subarrendamiento” en su artículo 1.538? En este caso, el subarrendador no actúa con carácter de dueño de la cosa y la validez del acto no es cuestionable en virtud de la falta de dominio de aquel sobre esta.

Es por ello que, aunque el arrendador INVERSIONES SANTOMERA no hubiese sido dueño, incluso si sólo hubiese sido propietario en virtud de un título viciado, nada de ello no era obstáculo para celebrar un contrato de arrendamiento con EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA, por un extenso periodo de tiempo, como en efecto ocurrió y era la motivación inicial de la demandante, pues más allá de la capacidad del contrato de arrendamiento de generar efectos válidos y legítimos, la nulidad de esa relación arrendaticia no habría acarreado el desplazamiento de la propiedad de uno hacia el otro.

Sobre esa consecuencia imprevista para las partes al momento de entablar la relación arrendaticia, y que la Sala de Casación Civil aplicó, es donde más se concentra la crítica de este trabajo, porque el despojo de la propiedad (uso, goce, disfrute y disposición) que acarreó la sentencia para el arrendador no resultaba concurrente de la acción de nulidad planteada, que solo buscaba la disolución del vínculo contractual entre las partes y el reconocimiento del dominio de la cosa al Municipio, pero no al demandante.

Si lo que buscaba el arrendatario era prescribir la propiedad cambiando el título con el que principió a poseer por el hecho de un tercero (resolución judicial), ha debido demandar primero la nulidad y después la prescripción adquisitiva, pero no es posible concluir que la nulidad del contrato de arrendamiento tenga como consecuencia la desposesión del arrendador, sino al contrario, del arrendatario, quien debe entregar el inmueble porque cesó su derecho a ocuparlo legítimamente.

¹⁰ Urdaneta, *La venta de la cosa ajena*, 58-59.

Sobre este particular, considera este trabajo que la Sala de Casación Civil se excedió en su juzgamiento, modificando peligrosamente la doctrina judicial vigente sobre la teoría de la nulidad del contrato y sobre la validez del justo título para acreditar el dominio de los bienes.

3. Sobre el voto salvado

Así, llegamos a la opinión del Magistrado disidente Francisco Velásquez Estévez, cuyo criterio apartado de la mayoría sentenciadora consideramos el acertado. Afirma el magistrado que el arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer gozar a la otra de una cosa mueble o inmueble, por cierto tiempo y mediante un precio determinado que ésta se obliga pagar a aquélla. Se trata, pues, de un contrato con eficacia meramente obligatoria, que sólo crea entre las partes derechos de crédito recíprocos, pero no opera entre ellas la transferencia de ningún derecho real.

Continúa el voto salvado señalando que el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa durante el tiempo del contrato, y en caso de que un tercero perturbe su goce por acciones relativas a la propiedad de la cosa, el arrendatario tendrá derecho a una indemnización proporcional en el precio del arrendamiento siempre que la molestia y el impedimento se hayan denunciado al arrendador, como lo dispone el artículo 1.591 del Código Civil.

Resultó forzoso para el Magistrado disidente concluir que el arrendador no requiere ser propietario del bien arrendado para cumplir su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa, y en caso de incumplimiento de tal obligación, la eficacia del contrato de arrendamiento existente entre las partes es el título que legitima al arrendatario a pedir la indemnización por incumplimiento, derivada de las perturbaciones que un tercero ejerza con éxito mediante acciones sustentadas en el derecho de propiedad que se atribuye.

Como antes se mencionó, el ordenamiento jurídico no permite al arrendatario a pedir la nulidad del contrato por causales distintas a las previstas en la Ley, como por ejemplo, carecer el arrendador de la cualidad de propietario, ni este último incumpliría sus obligaciones como arrendador por el hecho de no ser el titular de ese derecho real sobre la cosa. Pero, si a causa de un tercero titular del derecho de propiedad del bien arrendado, se despojase o perturbase al arrendatario mediante el ejercicio de acciones que le otorga el referido derecho real (v.gr. acción de reivindicación), no habría otra consecuencia sobre el contrato de arrendamiento que las propias de todo incumplimiento contractual, debiendo el arrendador no propietario indemnizar por los daños al arrendatario afectado.

Esa acción de indemnización nace, precisamente, de la existencia de un contrato de arrendamiento válido y eficaz.

Como lo expresa el voto salvado, la nulidad de un acto jurídico constituye una sanción al incumplimiento de los requisitos existenciales y de validez que la ley exige. En el caso de los contratos de arrendamiento, el consentimiento, el objeto y la causa. El demandante fundamentó su pretensión de nulidad del contrato de arrendamiento en la ilicitud del objeto, alegando que el arrendador no era propietario del bien.

Acertadamente, el voto salvado señaló que si el objeto de un contrato de arrendamiento lo conforman las prestaciones que las partes se deben recíprocamente —permitir el uso, goce y disfrute de un bien a cambio del pago de un canon de arrendamiento— se concluye, que en el caso bajo estudio, ambas prestaciones son perfectamente lícitas, posibles, determinadas y valorables económicamente, cumpliendo así con los requisitos exigidos por la ley para el objeto de los contratos (artículo 1.155 del C.C.). Esto además quedó confirmado por los hechos, pues nunca estuvo controvertido que el arrendador ostentaba la posesión del bien, lo cual fue reconocido por el arrendatario antes del proceso mediante el pago del arrendamiento y durante el juicio mediante sus afirmaciones, cuyo arrendador además ha garantizado el goce pacífico de la cosa al arrendatario, quien no esgrimió ningún interés jurídico actual en la demanda, por no haberse demostrado que un tercero hubiere ejercido acciones basadas en un derecho de propiedad que rivalice con la posesión del arrendador.

En consideración a lo anterior, finalizó el voto salvado diciendo —y cuya conclusión comparte este trabajo— que el contrato cumplió con los requisitos esenciales exigidos por el ordenamiento jurídico, fue cumplido su objeto por ambas partes y no existe evidencia de un interés jurídico actual del arrendatario en instaurar la demanda, ya que no alegó ni probó perturbación o despojo alguno por un tercero en el ejercicio de las acciones correspondientes que pueda oponerse a la posesión del arrendador.

4. El significado de poseer con ánimo de dueño

Por último, resulta pertinente dar unas aproximaciones sobre el efecto práctico que tuvo la sentencia que fue poner al arrendatario en la tenencia de la cosa con el ánimo de dueño, como una consecuencia imprevista de la nulidad del contrato de arrendamiento y que es objeto de crítica del presente trabajo.

A grandes rasgos, el artículo 772 del Código Civil establece que la posesión es legítima cuando es de manera continua, ininterrumpida, pacífica, pú-

blica, inequívoca y con intención de tenerla como propia. De allí que, por ejemplo, para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva se necesita estar en posesión legítima del inmueble, tal como lo establece el Código Civil en su artículo 1.953.

Es por ello que, si de acuerdo con las normas legales antes mencionadas, uno de los requisitos esenciales para adquirir por prescripción adquisitiva es el de posesión legítima, cabe preguntarse cuál era el ánimo con el que obraba el arrendatario y si dicho ánimo le permitía prescribir la propiedad. En el presente caso, encontramos que el demandante no se encontraba poseyendo el bien con *animus domini*, es decir, con intención de tenerlo como dueño, ya que como bien lo reconoce el demandante, el inmueble era propiedad de un tercero, pero que además lo había venido poseyendo precariamente en calidad de arrendatario, como de hecho se evidencia con i) los contratos de arrendamiento suscritos; y ii) el título de propiedad debidamente registrado en favor de la demandada.

5. Quien ha comenzado a poseer como arrendatario no tiene ánimo de dueño

Si como fue reconocido por ambas partes, que la demandante estaba ejerciendo una posesión sobre el inmueble, a título de arrendamiento, resulta subsumible la disposición legal prevista en el artículo 774 del Código Civil que establece que: “Cuando alguien ha principiado a poseer en nombre de otro, se presume que la posesión continúa como principió, si no hay prueba de lo contrario.” La sentencia reconoce que el demandante comenzó a poseer a título de arrendatario un inmueble, con el pleno conocimiento que éste era y continúa siendo propiedad de un tercero, sea o no el caso que pertenezca al demandado. Nadie puede cambiarse a sí mismo la causa y principio de su posesión como arrendatario, a menos que haya cambiado el título de dicha posesión por causa de un tercero o por la oposición que hubiere hecho el poseedor al derecho del propietario, algo que la decisión no tomó en cuenta y desconocemos que haya sido alegado por el demandante.

Así lo refieren los artículos 1.961 y 1.963 del Código Civil, que consideramos pertinente citar:

Artículo 1.961.- Quien tiene o posee la cosa en nombre de otro, y sus herederos a título universal, no pueden jamás prescribirla, a menos que se haya cambiado el título de su posesión por causa procedente de un tercero, o por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario.

Artículo 1.963.- Nadie puede prescribir contra su título, en el sentido de que nadie puede cambiarse a sí mismo la causa y el principio de su posesión.

De modo que el arrendatario, en principio no podía usucapir contra su propio título porque era incapaz de cambiar por sí solo la causa de su posesión, pero si esta era su finalidad última, ha debido primero intentar hacer oposición al derecho del propietario, como establece el artículo 1.961 del Código Civil y si dicha acción prosperaba, pudiera ejercer la prescripción adquisitiva de los terrenos.

Pero la consecuencia previsible de la nulidad de la relación arrendaticia, como se ha mencionado, era la disolución del vínculo contractual que los unía y devolver el estado de las cosas al estado en el que se encontraban antes de suscribir dichos contratos, no el de despojar al propietario de la cosa, máxime si el título de propiedad por el cual la adquirió no se encuentra anulado.

6. Quien pretenda usucapir debe demostrar su posesión legítima

Según el criterio del reconocido autor Gert Kummerow, el cambio del concepto posesorio requiere ser probado, y no se verifica, a los fines de la posesión *ad usucapionem*, sino por causa procedente de un tercero o por la oposición que el poseedor o sus herederos hayan hecho al derecho del propietario, tal como lo contempla el artículo 1.961 del Código Civil¹¹.

Es decir, nadie que tiene o posee una cosa en nombre de otra persona (v. gr., por un contrato de arrendamiento), puede cambiar su posesión en nombre propio para prescribir la cosa, a menos que su título posesorio haya cambiado en razón de un tercero (p. ej., cambio de dueño original), o por oponer un derecho preferente frente al derecho que tiene el propietario de poseer la cosa (p. ej., el comprador al no dueño con título registrado lo puede oponer contra el título de quien era legítimo propietario al momento de la adquisición).

Así tenemos, por ejemplo, que la venta de la cosa ajena constituye un justo título para prescribir la propiedad, cuando el comprador sea poseedor de buena fe, es decir, que haya obtenido la posesión de la cosa comprada ignorando que esta no pertenecía al vendedor (véase artículo 1.979 del Código Civil). Entonces, si la venta de la cosa ajena no es oponible al *verdadero dueño*, sí permite que el comprador haya entrado a poseer el bien para adquirirlo según las reglas que rigen la prescripción adquisitiva en los artículos 1.977, 1.979 y 1.986, respectivamente, del Código Civil¹².

¹¹ Gert Kummerow, *Bienes y Derechos Reales: Derecho Civil II. Quinta Ed.* (Caracas: Mc Graw Hill, 2002), 323-324.

¹² Urdaneta, *La venta de la cosa ajena*, 94.

Incluso, señala el autor citado, que la venta de la cosa ajena permite al poseedor de buena fe el derecho de adquirir los frutos percibidos por el bien, antes de que sea notificado legalmente de la demanda por reivindicación por parte del verdadero dueño de la cosa (artículos 788 y 790 del Código Civil)¹³.

No observamos en este caso, sin embargo, que se hayan cumplido los presupuestos legales del artículo 1.961 del Código Civil, en cuanto la titularidad posesoria del demandante en tanto arrendatario del bien litigioso, la cual siempre estuvo enmarcada en una prolongada relación arrendaticia que se renovó constantemente según el acuerdo de voluntades de ambos contratantes, y cuya nulidad se pretendía por no obrar el arrendador con el carácter de dueño que se atribuía, pero ya hemos visto que ello no era un verdadero impedimento del demandado para arrendar y por ende, no era una causal de nulidad.

Lo anterior se concluye de una revisión de la cadena titulativa del inmueble, el cual perteneció primero a la Curia Diocesana, luego a unos terceros, y por último a INVERSIONES SANTOMERA, C.A., quien arrendó el inmueble a EL MESÓN DE LA CARNE EN VARA, C.A., sin que el primero hubiera sido notificado legalmente de acción alguna por el verdadero dueño y sin que al último se le haya perturbado su posesión en virtud de las acciones legales ejercidas por el *verus dominus*.

V. A manera de conclusión

La revisión de esta sentencia ha conllevado una considerable cantidad de horas de estudio e investigación, sobre diversas materias y con diversos autores, para poder llegar, en criterio de este trabajo, a una conclusión satisfactoria, que de seguidas exponemos.

Si admitimos que la venta de la cosa ajena es permisible por la ley y genera efectos legales entre las partes contratantes, e incluso una indemnización para el comprador en contra del vendedor no dueño, tanto más es permisible el arrendamiento de la cosa ajena y su validez no depende del carácter con el que actúa el arrendador, pues este contrato no transmite sino derecho al uso, goce y disfrute de la cosa, mas no su propiedad.

Incluso, permite la venta de la cosa ajena al poseedor de buena fe apropiarse de los frutos que esta genere, hasta que no sea notificado de la reivindicación. Es por ello que la nulidad del contrato de arrendamiento de un bien inmueble y su desplazamiento de la propiedad al arrendatario, que no es más que un poseedor sin derecho a usucapir, luce más como un despropósito judicial que

¹³ *Ibid.*, 95.

como la consecuencia razonable de la acción de nulidad ejercida por la arrendataria.

Así pues, luce también desproporcionadas las críticas, algunas irreflexivas al respecto, que surgieron con ocasión a la publicación de la sentencia aquí analizada y que fueron uno de los motivos para emprender la realización de este trabajo que tiene como finalidad contribuir y enriquecer el debate por demás necesario de nuestra propia doctrina judicial, siempre en búsqueda de su mejora y perfeccionamiento.

Es importante recordar que la jurisprudencia, como toda obra humana, es perfectible y por tanto no está exenta de desaciertos. En algunos casos, como el que se acaba de revisar, la decisión tomada por la Sala de Casación Civil no solo se apartó de la doctrina más autorizada sobre la materia, sino que no contribuyó a su función uniformadora de la interpretación del derecho objetivo, cuyo fin es garantizar la seguridad jurídica y confianza legítima de los justiciables que acuden a los órganos jurisdiccionales con la expectativa de obtener justicia sobre los derechos que forman el objeto de su pretensión o de sus excepciones opuestas en un procedimiento judicial.

Sociedad

Mito y Federalismo. Desarticulación del arquetipo inconsciente venezolano

Fernando Sanquérico Pittevil*

pp. 421-428

Invitado: 06 oct 2021

Sumario

I. Federalismo en Venezuela | II. El mito federal | III. El verdadero, y mal entendido mito que homogeneiza a Venezuela

* Abogado de la Universidad Monteávila, Especialista en Derecho Corporativo de la Unimet. Doctorando de la Universidad Católica Andrés Bello. Socio en Leña Abogados. Profesor de las Universidades Central de Venezuela, Monteávila y Católica Andrés Bello. Profesor del LL.M de la Universidad de Missouri. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias. Subdirector de Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje (2019-2021 y 2021-2023)

Mito y Federalismo

Desarticulación del arquetipo inconsciente venezolano

Resumen: La idea del mito como eje cohesionador de la sociedad se presenta como un punto que debe ser coherente y consistente para mantener la unión nacional, independientemente de las diferencias individuales de quienes componen la sociedad. De esta forma, se sostiene que la idea del federalismo en Venezuela es un edificio sin columnas, que lejos de incentivar la unidad nacional, la separa.

Palabras Claves: Mito | Federalismo | Sociedad.

Mith and Federation

Dismantling the Venezuelan unconscious archetype

Abstract: The myth's idea as a fundamental social adhesive must be a consistent and coherent cornerstone to maintain the national unity, despite the individual differences of each of the social members. In this vein, herewith is presented that the federalist idea in Venezuela is a columnless building, that far from promoting national unity, divides it.

Key Words: Myth | Federalism | Society.

I. *Federalismo en Venezuela*

Dentro de la filosofía política, uno de los tantos problemas con el que se encuentran quienes se dedican a su estudio, es el de la definición de la federación; la cual no solo encuentra distintas definiciones, sino que además en la práctica se materializa de distintas formas, y quizá sin lazos comunes entre ellas.

A lo mejor, lo anterior obedece que “los híbridos [políticos e incluidos los federales] tienen su origen en el hecho de que los gobernantes se interesan más por las soluciones políticas de tipo pragmático que por la pureza de las teorías...”¹ Consecuencialmente, “la gran expansión que se ha verificado en el contenido de la noción de federalismo... amenaza con vaciarla, en la medida en que no sea posible hallarle especificidad.”²

Ese vacío o carencia de contenido en la federación se ha materializado en Venezuela, casi desde el momento mismo de las guerras federales. Aun si vemos el desarrollo de lo federal desde la constitución de 1961, ya se aceptaba en su exposición de motivos que “...a pesar de no haberse realizado efectivamente, la Federación sigue siendo en el espíritu de la mayoría un *desideratum* hacia el cual debe tender la organización de la República.” Sin embargo, esa federación “permaneció como mera forma, con estados y municipios vacíos de competencias, en un federalismo sometido conforme al cual, los poderes se concentraron en el nivel nacional básicamente...”³

Para la constitución de 1999, la caída fue más estrepitosa aún. Los constituyentistas del momento ni si quiera tuvieron una idea clara de la significación que podría tener la federación⁴, y de la primera redacción del postulado constitucional que establecía que “La República de Venezuela es un

¹ Ronald Watts, citado por Enrique Sánchez Falcón, “El federalismo en la Constitución de 1999. Proceso Constituyente y Desarrollos Legislativos” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo I. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 592

² Enrique Sánchez Falcón, “El federalismo en la Constitución de 1999. Proceso Constituyente y Desarrollos Legislativos” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo I. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 592

³ Jorge Sánchez Meleán, “Federalismo, descentralización y participación en Venezuela (1990-2006)” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo I. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 630

⁴ Enrique Sánchez Falcón, “El federalismo en la Constitución de 1999. Proceso Constituyente y Desarrollos Legislativos” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo I. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 613 nos explica que “justo es manifestar que ese “nuevo federalismo” no era entendido por todos de la misma manera. Mientras algunos asumieron posiciones que postulaban que el sistema federal es un sistema de distribución del Poder Público en niveles territoriales descentralizados y con fortalecimiento de los tres niveles. Otros sostuvieron posiciones que expresamente entendían que el nuevo federalismo supone un fortalecimiento del poder central y del poder local con debilitamiento del nivel intermedio...”

Estado Federal en los términos consagrados por esta Constitución...”, terminó agregándose el triste apelativo de descentralización, vaciando ahora de contenido ambos sistemas, pues sistema descentralizado y federación, son en esencia incompatibles entre sí.

A pesar de que en nuestros Símbolos Nacionales y en nuestros documentos legales se alude constantemente a la Federación, parece no haber racionalización ni coherencia detrás del significado de lo federal por parte de aquellos encargados de la organización del Estado. Pareciera entonces que la afirmación hecha en la constitución de 1961 de que “la Federación sigue siendo en el espíritu de la mayoría un *desiderátum* hacia el cual debe tender la organización de la República” nos llevaría, tal y como sucedió en 1999, a un camino lleno de contradicciones, del que nada bueno puede sacarse.

II. El mito federal

Para poder intentar explicar el porqué de la aseveración anterior, debemos comprender cuál es el efecto que tienen los mitos en las sociedades, y cómo estas se forman y cohesionan a partir de arquetipos comunes, que si no son coherentes o lo suficientemente sólidos, carecerán de efectividad social, esto es, no podrán lograr lo que los mitos logran, la colaboración y la unidad inconsciente que permiten la unión nacional entre los ciudadanos.

La antropología ha tratado de explicar cuál es la razón por la que los humanos tenemos la capacidad de colaborar unos con otros de tantas formas. Se nos explica que “las hormigas y las abejas también pueden trabajar juntas en gran número, pero lo hacen de una manera muy rígida y solo con parientes muy cercanos. Los lobos y los chimpancés cooperan de manera mucho más flexible que las hormigas, pero solo pueden hacerlo con un pequeño número de individuos que conocen íntimamente. Los sapiens pueden cooperar de maneras extremadamente flexibles con un número incontable de extraños. Esta es la razón por la que los sapiens dominan el mundo, mientras que las hormigas se comen nuestras sobras y los chimpancés están encerrados en zoológicos y laboratorios de investigación.”⁵

Lo anterior, nos hace preguntarnos qué es lo que hace que el ser humano pueda cooperar, de forma tal que cree civilizaciones, y se cohesionen de tal forma, que aún en países tan densamente poblados, subsista la unión y el sentido de lo nacional, hasta tal punto de que dos individuos que viven en lugares distintos,

⁵ Yuval Noah Harari, *Sapiens. De animales a dioses: Breve Historia de la Humanidad* (Estados Unidos: Penguin Random House, 2019), 38

sin haberse conocido, tengan la voluntad individual de cooperar a tal punto de ir a la guerra por el mismo territorio.

Son importantísimos los estudios, que desde diversas ciencias se han dado para intentar explicar esos motivos. Quizá lo más sorprendente es encontrar que, desde tiempo atrás hay consenso en que los mitos explican este fenómeno⁶. Así, se ha explicado que “cualquier cooperación humana a gran escala (ya sea un Estado moderno, una iglesia medieval, una ciudad antigua o una tribu arcaica) está establecida sobre mitos comunes que solo existen en la imaginación colectiva de la gente... Los estados se fundamentan en mitos nacionales comunes. Dos serbios que nunca se hayan visto antes pueden arriesgar su vida para salvar el uno al otro porque ambos creen en la existencia de la nación serbia, en la patria serbia y en la bandera serbia. Los sistemas judiciales se sostienen sobre mitos legales comunes. Sin embargo, dos abogados que no se conocen de nada pueden combinar esfuerzos para defender a un completo extraño porque todos creen en la existencia de leyes, justicia, derechos humanos... y en el dinero que se desembolsa en sus honorarios.”⁷

Si bien podríamos decir que los mitos, en un momento inicial, eran contruidos de forma primitiva alrededor de tótems y elementos naturales que podían observarse (luna, sol, lluvia, etc), no implica que, a medida que la evolución humana, específicamente la evolución del pensamiento humano, fue avanzando, se requiriese que los mitos fueran cada vez más sofisticados.

Así, “el mito es una de las más antiguas y grandes fuerzas de la civilización humana. Está conectado íntimamente con todas las demás actividades humanas: es inseparable del lenguaje, de la poesía, del arte y del más remoto pensamiento histórico. La ciencia misma tuvo que pasar por una etapa mítica antes de alcanzar la etapa lógica...”⁸, de lo cual la política no está exenta de la creación de mitos que vinculen entre sí a todos aquellos que hacen vida dentro del territorio de un país determinado.

Los mitos políticos ya en nuestra época han acaparado una importancia capital, y a los políticos modernos les ha tocado “desarrollar una nueva técnica del mito. Como consecuencia de ello, los mitos pueden ser manufacturados en el mismo sentido y según los mismos métodos que cualquier otra arma moderna,

⁶ Sobre las diversas concepciones del mito, Vvr Ernst Cassier, *El mito del Estado* 2^{da} ed., (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004)

⁷ Yuval Noah Harari, *Sapiens. De animales a dioses: Breve Historia de la Humanidad* (Estados Unidos: Penguin Random House, 2019), 41

⁸ Ernst Cassier, *El mito del Estado* 2^{da} ed., (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004), 30-31

igual que ametralladoras y cañones. Esto es una cosa nueva, y una cosa de importancia decisiva. Ha mudado la forma entera de nuestra vida social.”⁹

La manufactura de estos mitos, desde la política, tenderían a cohesionar el sentido de lo nacional, y para que ello pueda ser la argamasa suficiente de la unidad de la ciudadanía, deben guardar coherencia en su explicación, y además tener un sentido unívoco que no suscite discusiones o alejamientos tales que produzcan el efecto contrario a la unidad, sino que produzcan un lugar común de entendimiento que generen entre los miembros de la comunidad un sentido de pertenencia y un valor por el que valga la pena luchar.

En este sentido, el mito de lo federal en Venezuela nace con una carencia fundamental. A pesar de los esfuerzos de explicar qué es el federalismo venezolano, no hay una definición común, no existe un ideario de lo federal unificado; y a pesar de los intentos de explicar que “la Federación sigue siendo en el espíritu de la mayoría un *desideratum* hacia el cual debe tender la organización de la República”, no se encuentra ese espíritu de la mayoría, y menos aún explica qué es la federación en sí misma.

Ese factor, entre muchos otros, golpea el imaginario colectivo, o dicho de otra forma, va en contra de los arquetipos del inconsciente colectivo¹⁰, debido a que, como dijéramos la idea de lo federal, no es una idea homónima, homogénea, y mucho menos colectiva.

III. *El verdadero, y mal entendido mito que homogeneiza a Venezuela*

Si quisiéramos encontrar en el arquetipo del inconsciente venezolano el mito unificador de la población, casi automática e ineludiblemente, pensamos no en una idea (federalismo, libertad, democracia) sino en una persona: el Libertador.

La construcción política consciente de nuestra sociedad, se ha dedicado desde la independencia a crear un mito alrededor de Simón Bolívar, de forma tal que “se comenzó a instrumentar una religión sustitutiva, el culto al Libertador. El mito del «Padre Nuestro Libertador», del «Bolívar que llevamos

⁹ Ernst Cassirer, *El mito del Estado* 2^{da} ed., (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004), 333-334

¹⁰ Ver C. G. Jung, *Arquetipos e Inconsciente Colectivo* (Barcelona: Paidós, 2003), 10 en donde explica que el arquetipo, en tanto ideas, es de inconsciente colectivo debido a que “es idéntico a sí mismo en todos los hombres y constituye así un fundamento anímico de naturaleza suprapersonal existente en todo hombre” y en nuestro caso en la mayoría de los individuos que conforman la Nación

por dentro».¹¹ Así, se nos imprime la idea del Libertador a tal punto que “no se encuentra, en la ideología venezolana, un mito parecido, con semejante fuerza dramática.”¹²

Lo anterior tiene una significación más dramática aún cuando se refiere al mito de lo federal. Por una parte si entendemos la federación como “un pacto constitucional de unidades autónomas que ceden parte de sus competencias para formar una unidad superior que las comprenda, pero manteniendo intangible la esfera no delegada a la acción de la unidad superior”¹³, tendremos que ver a la federación como un sistema que respeta fundamentalmente las libertades e independencia, no solo de las entidades federadas, sino además de cada uno de los habitantes que integran dichas entidades.

Por otra parte, si bien entender el pensamiento de Bolívar (el hombre) puede resultar engorroso, para nosotros, no hay mejor forma de entenderlo como en su última proclama, cuando expresamente deja dicho que bajará tranquilo al sepulcro si su muerte contribuye a que “cesen los partidos y se consolide la unión”. Premisa peligrosa, poco estudiada en las repercusiones antidemocráticas y ciegamente repetida, casi como un mantra.

Bajo esta lupa, federación y bolivarianismo como mitos, son incompatibles unos de otros; y es inentendible, en primer término cómo los *padres* de la Constitución de 1961 dieron cabida a la federación, y endiosaron a Bolívar de diversas formas. No hay más que seguir las siguientes líneas para comprenderlo:

Y cuando en 1961, Rómulo Betancourt estampe su firma al pie de la Ley de Reforma Agraria, lo hará, no como se hace con cualquier otra ley, en Palacio, sino en el Parque de Carabobo, porque ella no es tanto producto de los anhelos campesinos o de una gestión política que ha decidido incorporar los derechos sociales en la Constitución, sino la reescritura de algún olvidado «codicilio» de la legislación bolivariana”.

Por su parte, Carlos Andrés Pérez se daba aires plantado la bandera venezolana en las antiguas concesiones de petróleo y hierro, y dejándose crecer unas patillas

¹¹ Manuel Caballero, *Ni Dios ni Federación. Crítica de la historia política* (Caracas: Editorial Alfa, 2007), 186-187

¹² Manuel Caballero, *Ni Dios ni Federación. Crítica de la historia política* (Caracas: Editorial Alfa, 2007), 187

¹³ Enrique Sanchez Falcón, “El federalismo en la Constitución de 1999. Proceso Constituyente y Desarrollos Legislativos” en *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, tomo I. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2010), 592

proceras, pasando hambres y sudores para llegar a la estampa más que longilínea, famélica del Libertador en 1830.”¹⁴

Así, el mito bolivariano es un mito enraizado en nuestra cultura, exaltado cada vez más, el cual es eminentemente centralista, lo que choca con las bases mismas del postulado constitucional actual, ya de por sí incongruente: federal y descentralizado, lo que abona más a la aseveración que seguramente incomoda a más de uno “Venezuela, no es una creación de Bolívar, sino que se formó contrariando la voluntad de libertador.”¹⁵

Quizá el mito bolivariano, con todo el culto exacerbado del período desintegrador del socialismo del s. XXI, dé un giro importante. Como dijéramos, los mitos deben ser coherentes, y la coherencia de Bolívar se rompió al hacer de él un símbolo con nueva cara, y darle una historia con una justificación marxista/socialista, de la cual el hombre era ajeno. Puede ser que el nuevo mito bolivariano sea parte de la razón de la falta de homogeneidad venezolana en nuestros días.

¹⁴ Manuel Caballero, *Ni Dios ni Federación. Crítica de la historia política* (Caracas: Editorial Alfa, 2007), 188

¹⁵ Manuel Caballero, *Ni Dios ni Federación. Crítica de la historia política* (Caracas: Editorial Alfa, 2007), 186-199

