

Derecho y Sociedad

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

No. 19 - 2022



supra montem posita
2 octubre 1998

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

Derecho *y* Sociedad 19



Septiembre 2022

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

Reservados todos los derechos

Derecho y Sociedad No. 19-2022 | Septiembre 2022

Envío de convocatoria 03 de marzo de 2022

Recepción de artículos 29 de abril de 2022

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 bianual

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

Katiuska Plaza Brito

Directora de la Escuela de Derecho

Eucaris Meza de Valdivieso

Coordinadora Académica

CONSEJO EDITORIAL DE DERECHO Y SOCIEDAD

Carlos García Soto

Director

Carlos Sandoval

Subdirector del Blog

Rodrigo Farías Díaz

Subdirector de Revista

Fernando Sanquínico Pittevil

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

Crisanto Bello Vetencourt
María Bernardoni de Govea
Giancarlo Carrazza
Diego Thomás Castagnino
Eddy Yafranci Ferrer Bravo
Niloufar Hassanzadeh

Daniel Pérez Pereda
Manuel Alejandro Romero Zapata
Gustavo Saturno Troccoli
Emilio Spósito Contreras
Patricia K. Ugueto Solórzano
Edison Lucio Varela Cáceres

Índice

| | |
|---|-----|
| Nota Editorial | i |
| Derecho | 3 |
| Hacia la delimitación del derecho genealogista Crisanto Bello Vetencourt | 5 |
| El Comité de Libertad Sindical como órgano de control de la OIT. Caso Venezuela María Bernardoni de Govea y Gustavo Saturno Troccoli | 23 |
| Análisis de una situación de reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela con base en las teorías de negociación desde las posiciones, intereses y valores de las partes Giancarlo Carrazza | 53 |
| La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): ¿Una experiencia replicable en Venezuela? Diego Thomás Castagnino | 65 |
| Instrumentalidad de las medidas cautelares aplicables al fraude procesal autónomo Eddy Yafranci Ferrer Bravo | 87 |
| The effect of the anti-corruption clause on international commercial contracts Niloufar Hassanzadeh | 115 |
| Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales Daniel Pérez Pereda | 137 |

| | |
|--|-----|
| Actualización de la guía de enfoque basado en riesgo sobre activos virtuales y sus proveedores: Análisis e implicaciones en la legislación venezolana | 157 |
| Manuel Alejandro Romero Zapata | |
| Panorámica iberoamericana de las actuales tendencias jurídicas sobre las personas con discapacidad | 175 |
| Emilio Spósito Contreras | |
| Cuando no iniciar un proceso de negociación: una visión desde la perspectiva de gestión de conflicto | 193 |
| Patricia K. Ugueto Solórzano | |
| La teoría general de la capacidad | 205 |
| Edison Lucio Varela Cáceres | |
| Normas Editoriales de Derecho y Sociedad | 223 |

Nota Editorial

Este número 19 de *Derecho y Sociedad* continúa el trabajo iniciado en el N° 17, y continuado en el N° 18, para la recepción y arbitraje de los textos a ser publicados. Ha sido un proceso impulsado y liderado por el profesor Fernando Sanquírigo Pittevil, al que ahora se ha sumado Rodrigo Farías Díaz.

A partir de este número, el Consejo Editorial de Derecho y Sociedad está conformado por Rodrigo Farías Díaz como Subdirector de la *Revista*, Carlos Sandoval como Subdirector del *Blog*, Fernando Sanquírigo Pittevil como Asesor del Consejo Editorial, y quien suscribe como Director de la *Revista* y el *Blog*.

En este nuevo Número hemos publicado un conjunto de 11 trabajos.

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 pretender 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

Hacia la delimitación del derecho genealogista

Crisanto Bello Vetencourt*

pp. 5-22

Recibido: 28 abr 2022

Aceptado: 14 jun 2022

Sumario

I. Introducción | II. La denominación de la disciplina: derecho genealogista | III. Consecuencias jurídicas del vínculo genealógico | 1. Parentesco | 2. Nacionalidad | 3. Sucesiones | 4. Nobleza | IV. Disciplinas afines al derecho genealogista | 1. Historia | 2. Onomástica | 3. Paleografía | 4. Diplomática | 5. Heráldica | 6. Documentación | V. Fuentes del derecho genealogista | 1. Fuentes formales | 2. Fuentes históricas | VI. Reflexión final

* Abogado (Universidad Católica Andrés Bello). Doctorado en Derecho (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España) y Máster en Ciencias del Grafismo (Universidad Autónoma de Barcelona, España). Director del Centro de Documentación FID. Miembro de número del Instituto Venezolano de Genealogía.

Hacia la delimitación del derecho genealogista

Resumen: Este artículo es una aproximación al estudio del derecho genealogista como disciplina jurídica autónoma que estudia las distintas relaciones y consecuencias jurídicas que derivan del vínculo genealógico y que parte, en buena medida, aunque no exclusivamente, del interés que ha surgido en los últimos años –cada vez más creciente– de conocer nuestros orígenes y hacer valer los derechos que devienen de nuestros antepasados, y que se nutre de otras disciplinas, como la genealogía, la historia, la onomástica, la paleografía, la diplomática, la heráldica, la antropología y la documentación para lograr sus fines. Es así como se presenta una definición del derecho genealogista, se mencionan las consecuencias del vínculo genealógico, se estudia su afinidad con otras ciencias sociales y se indican algunas de sus fuentes.

Palabras claves: Vínculo genealógico | Genealogía | Documentación | Filiación.

Towards the delimitation of genealogical law

Abstract: This article is an approach to the study of Genealogical Law as an autonomous legal discipline that studies the different relationships and legal consequences derived from the genealogical link, a discipline that arises to a great extent –although not exclusively– from the interest that has arisen in recent years, increasingly greater, to know our origins and assert the rights that come from our ancestors, and that draws on other disciplines such as genealogy, history, onomastics, paleography, diplomacy, heraldry, anthropology and documentation to achieve its purposes. Thus, a definition of Genealogical Law is presented; the consequences of the genealogical link are mentioned, its affinity with other social sciences is studied and some of its sources are mentioned.

Keywords: Genealogical link | Genealogy | Documentation | Filiation.

I. Introducción

Todos los seres humanos somos descendientes de alguien y, en consecuencia, tenemos la condición de hijos. Aun con las nuevas técnicas de reproducción asistida, hasta ahora siempre procedemos de alguien. Ese vínculo genealógico genera un conjunto de consecuencias jurídicas que trascienden el hecho biológico en sí mismo, e incluso el hecho social.

En derecho ese vínculo genealógico es conocido como filiación y es definido por Varsi Rospigliosi, en sentido genérico, como la relación que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, como aquella que vincula a los hijos con sus padres, estableciendo una relación de sangre y de derecho entrambos¹.

Las consecuencias jurídicas de la filiación pueden ser muy variadas y en ocasiones van más allá del derecho de familia. “Es el linaje, estirpe, prosapia, casta que desde el contexto biológico es llevada al campo del derecho. Es la juridificación de la descendencia”².

Por ejemplo, la filiación puede darle a un sujeto el derecho a solicitar la nacionalidad de un país, situación en la que pueden intervenir normas de derecho público o derecho internacional público, y también (sobre todo en países europeos, como España), dar lugar a reclamaciones de títulos nobiliarios, lo que remitirá a las disposiciones del derecho nobiliario y el derecho procesal.

En muchas ocasiones, para el establecimiento de la filiación nos apoyamos en la genealogía, definida por Martínez Nazario como “una ciencia auxiliar de la historia dedicada al estudio del origen y la descendencia de estirpes mediante su documentación”³. Y es que a veces no es suficiente con que el hecho biológico ocurra; además, es necesario probarlo, e incluso, determinar con exactitud las consecuencias que derivan de dicho vínculo.

Durante muchos años ha correspondido a los juristas y abogados establecer la filiación entre dos o más personas y exigir los derechos, obligaciones y demás situaciones jurídicas que surgen del vínculo genealógico, para lo cual han

¹ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia: derecho de la filiación*, tomo IV (Lima: Gaceta Jurídica, S.A., 2013), 62.

² Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia...*, tomo IV, 63.

³ Manuel Martínez Nazario, *Diccionario genealógico* (San Juan: Publicaciones Puertorriqueñas, 2018), 212.

debido valerse de las distintas disciplinas jurídicas que regulan la filiación, así como apoyarse en otras ciencias sociales, como la historia, la onomástica, la paleografía, la diplomática, la heráldica, la antropología y la documentación para lograr sus fines.

Sin embargo, el interés que ha surgido en los últimos años por conocer nuestros orígenes y hacer valer los derechos que proceden de nuestros antepasados ha planteado la necesidad de desarrollar una nueva disciplina jurídica que permita analizar las distintas relaciones y consecuencias jurídicas que devienen del vínculo genealógico.

Por ello, este trabajo propone una aproximación al estudio del derecho genealogista como disciplina jurídica autónoma que estudia las mencionadas relaciones y sus consecuencias jurídicas. Este tiene su origen, en gran medida, en el creciente interés por conocer nuestros orígenes y hacer valer los derechos y reivindicaciones que derivan de los mismos, valiéndose para ello, como hemos apuntado antes, de otras disciplinas. De esta manera se presenta una definición del derecho genealogista, se mencionan las consecuencias del vínculo genealógico, se estudia su afinidad con otras ciencias sociales y se señalan algunas de sus fuentes.

II. La denominación de la disciplina: derecho genealogista

Denominamos derecho genealogista al conjunto de estrategias que están encaminadas a obtener reivindicaciones o privilegios que nos corresponden por el mérito de nuestros antepasados⁴, los cuales se pueden transmitir de forma descendiente (padre a hijo) o ascendiente (hijo a padre, sobrinos a tíos), pudiendo abarcar incluso a familiares políticos.

Se trata de una disciplina que estudia los derechos que se transmiten por la sangre y que abarcan no solo los privilegios, sino también las obligaciones y restricciones que son producto de las relaciones familiares existentes entre dos o más sujetos. Por ejemplo, los impedimentos para contraer matrimonio como consecuencia de la existencia de un vínculo familiar o de sangre entre los sujetos, pudiendo hablarse entonces de la existencia de derechos y obligaciones genea-

⁴ Crisanto Bello Vetencourt, "Derecho genealogista", *Aula Derecho Latinoamericano del Centro Latinoamericano de Estudios e Investigaciones Jurídicas (CENLAE) (YouTube)*, 7 de mayo de 2021, acceso el 27 de enero de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=TNLfTmipjKk>.

lógicos, que serían todos aquellos que deriven de la filiación o del vínculo genealógico.

Advertimos que también podrían resultar aplicables las expresiones de derecho genealógico o derecho de genealogía. Sin embargo, consideramos que “derecho genealogista” sería la terminología que mejor define esta disciplina porque hace referencia a toda la labor que se despliega para lograr las reivindicaciones o privilegios que derivan del vínculo genealógico.

Descartamos el uso de derecho genealógico para referirse a esta disciplina, porque esa expresión está consolidada en el ámbito del derecho nobiliario para aludir a la posición que se detenta y que permite acceder a determinado título nobiliario en razón de gozar de un “mejor derecho genealógico”.

Por otro lado, preferimos derecho genealogista antes que derecho de genealogía, pues al hablar de “genealogista” nos referimos al especialista en genealogías y linajes, por lo que el derecho genealogista va más allá del establecimiento de la filiación, que sería la actividad mínima de la genealogía.

Por tanto, el experto en derecho genealogista es aquel profesional que cuenta con los conocimientos jurídicos, técnicos y probatorios para hacer valer los derechos y obligaciones que le corresponden a un sujeto o grupo de sujetos, como consecuencia del establecimiento legal de un vínculo genealógico.

Es indudable que el establecimiento del vínculo genealógico debe ser legal y, por ende, debidamente comprobado, puesto que, como afirma Rueda Esteban:

El establecimiento o determinación de la filiación es la constatación hecha en forma legal de la identidad de los progenitores de una persona. Medios de prueba son el conjunto de circunstancias fácticas que configuran, acreditan o hacen la certeza de la realidad de unos hechos o actos que son los que servirán de apoyatura para determinar la filiación⁵.

⁵ Luis Rueda Esteban, “Filiación”, *Instituciones de derecho privado de familia*, Vol. 4, tomo 1, coord. Juan Francisco Delgado de Miguel (Madrid: Civitas, 2001), 491-620.

III. Consecuencias jurídicas del vínculo genealógico

Explicábamos que el derecho genealogista es la disciplina que se encarga de estudiar los derechos y obligaciones que se transmiten por la sangre, por lo que es necesario mencionar a qué nos referimos:

1. Parentesco

Varsi Rospigliosi define el parentesco como:

[E]l vínculo establecido, por la naturaleza, entre personas que descienden unas de otras, o de un autor común (consanguinidad); por la ley, que declara unas veces la existencia de un vínculo, entre el adoptante y el adoptado (civil), y otras veces de un vínculo entre personas que han contraído matrimonio y los parientes consanguíneos de su cónyuge (afinidad)⁶.

Es un vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción y que genera efectos jurídicos entre las partes, tanto patrimoniales (alimentos, herencia), como no patrimoniales (impedimento matrimonial, nombramiento de tutor, curador)⁷, cuyo contenido, alcance y duración son establecidos por cada ordenamiento jurídico y no se limitan al ámbito del derecho civil, sino que trascienden al derecho penal, procesal, societario, electoral⁸, e incluso al derecho público, por ejemplo, en las cuestiones relativas a conflictos de interés, recusación e inhibición de los funcionarios públicos del conocimiento de un asunto cuando exista una relación de parentesco con alguna de las partes involucradas en el mismo.

a. Formas del parentesco

Indicábamos que el parentesco puede nacer de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción, por lo que revisaremos cómo son considerados cada uno de ellos por el derecho.

i. Parentesco por consanguinidad

Denominado también como parentesco natural, normal o típico porque deriva del vínculo sanguíneo. Puede ser en línea directa (padre-hijo, abuelaneta), o en línea colateral (hermano-hermana, tío-sobrino, primo-prima).

⁶ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia...*, tomo IV, 13-14.

⁷ Federico Bianca, *Compendio di diritto di famiglia*, IX edizione (Nápoles: Simone, 2012), 302.

⁸ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia...*, tomo IV, 16.

ii. Parentesco por afinidad

Denominado también parentesco político, civil o afin, es aquel que surge entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Varsi Rospigliosi explica que este parentesco posee una misma simetría en relación con el parentesco consanguíneo y de la calidad que este otorga a las personas; es decir, un cónyuge ocupa, por afinidad, el mismo lugar que el otro respecto de su familia consanguínea. Es “una suerte de parentesco espejo”⁹.

La consanguinidad y la afinidad se clasifican por grados, esto significa que cuenta el número de generaciones o personas en línea desde un ancestro común, excluyendo dicho ancestro común en el conteo. Por tanto, entre hermanos hay un parentesco colateral de segundo grado, entre tío y sobrina hay un parentesco colateral de tercer grado y entre primos hermanos hay un parentesco colateral de cuarto grado.

iii. Parentesco por adopción

Es aquel que surge por mandato de la ley entre el adoptado con el adoptante y su familia, como consecuencia de la adopción¹⁰. Dependiendo de la regulación jurídica de cada país, la adopción genera un estado de familia paterno-materno-filial adoptivo, en el cual el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea y entra a ser parte de su familia legal.

Advertimos que, en este caso, se debe analizar el contenido y alcance de la legislación de cada Estado. A modo de ejemplo, podemos referir que el artículo 238 del Código Civil peruano reconoce que “La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución”, mientras que el artículo 256 del Código Civil venezolano indica que “El adoptado conserva todos sus derechos y deberes en su familia natural; la adopción no produce parentesco civil entre el adoptante y la familia del adoptado, ni entre el adoptado y la familia del adoptante, salvo lo que queda establecido en el Título del matrimonio”.

Para el derecho genealogista esta figura es de interés, no solo porque el adoptado puede llegar a ser considerado como un pariente consanguíneo por el derecho, sino porque, además, aun en casos en los que el vínculo establecido

⁹ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia...*, tomo IV, 24.

¹⁰ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de familia...*, tomo IV, 28.

no sea pleno, se le reconocen a los hijos adoptivos derechos que pueden llegar a ser iguales a los que detentan los hijos consanguíneos¹¹.

b. Impedimentos del parentesco

Tanto el parentesco por consanguinidad como el parentesco por afinidad generan, en el ámbito del derecho, impedimentos o prohibiciones para ejercer determinadas conductas o celebrar ciertos actos jurídicos, que afectan a los miembros de determinado grupo familiar hasta cierto grado.

Uno de los impedimentos es el matrimonial y, en este sentido, no pueden contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad; los colaterales por afinidad hasta cierto grado –lo que será determinado por el ordenamiento jurídico de cada país–, y los colaterales por consanguinidad o afinidad hasta cierto grado.

Algunos ordenamientos jurídicos admiten la dispensa del impedimento para el matrimonio, e incluso lo han suprimido. Así, por ejemplo, podemos mencionar que en Perú se acepta dispensa del impedimento matrimonial entre tío y sobrina (artículo 242.2 del Código Civil) y en España la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil suprimió el impedimento de afinidad tanto en la línea recta como en la colateral, y sin diferencia entre el carácter matrimonial o extramatrimonial de la relación que genera la afinidad.

Pero, además, el parentesco da origen a otros impedimentos, tales como:

1. Ser testigo en testamentos.
2. Ser testigo en juicio de las partes que los presenten.
3. Fungir como funcionario administrativo o judicial, sea ordinario, accidental o especial, incluso en asuntos de jurisdicción voluntaria, de temas relacionados con sus familiares. Presentar ofertas para contratar con el Estado en aquellas instituciones en las que parientes consanguíneos o afines del oferente presten sus servicios en el área de contratación pública (miembros del comité de compras y contrataciones, responsables de las unidades operativas de compras y contra-

¹¹ Sobre este punto el artículo 829 del Código Civil venezolano dispone que: “Los hijos adoptivos en adopción simple tienen, en la herencia del adoptante o adoptantes, los mismos derechos que los otros hijos”.

taciones, y servidores públicos con injerencia o poder de decisión en cualquier etapa del procedimiento de contratación).

Tales impedimentos se originan por considerar que la relación de parentesco consanguíneo o afín entre dos o más personas puede generar “conflictos de interés” para aquel pariente que se desempeñe como funcionario del Estado. Se entiende que tal vínculo anula o dificulta la capacidad del funcionario para actuar con imparcialidad y objetividad, lo que ha traído como consecuencia que distintos ordenamientos jurídicos contemplen la figura de la recusación o inhibición del funcionario que se encuentre en la situación de conflicto, e inclusive, sanciones cuando incumpla su obligación de no conocer sobre el asunto sometido a su consideración¹².

2. Nacionalidad

El vínculo genealógico puede darle a un sujeto el derecho a obtener la nacionalidad *ius sanguinis* –por derecho de sangre– de determinado país, lo que da lugar, además, a otro conjunto de derechos y obligaciones, producto de esa relación entre el sujeto y el país, como la posibilidad de acceder a cargos públicos, obligaciones fiscales o tributarias, entre otros.

En esta materia resulta importante para el derecho genealogista el estudio de la adquisición de la nacionalidad española y portuguesa por origen sefardí, puesto que se trata de casos en los que la consanguinidad –por varias generaciones– hace a los descendientes acreedores del derecho a obtener la nacionalidad de estos países, proceso en el que resulta vital demostrar la existencia del vínculo genealógico.

Y es que tanto España como Portugal, en el año 2015 emitieron instrumentos normativos –Ley 12/2015, de 24 de junio, para el caso de España, y el Decreto Ley 30A/2015, en el de Portugal–, mediante los cuales se les reconocía a los descendientes de sefardíes originarios de estos países el derecho a reclamar su nacionalidad por carta de naturaleza, siempre y cuando se comprobara debidamente –en conjunto con otros requisitos– el parentesco de consanguinidad del solicitante con un ascendiente sefardí.

¹² Sobre los conflictos de interés puede consultarse: Jessica Vivas Roso, “Los conflictos de interés y su incidencia en la actuación de los órganos de control fiscal a nivel local. Análisis del caso venezolano”, *Cuadernos de derecho local*, 53 (2020): 171-197.

3. Sucesiones

El vínculo genealógico es *ultra mortem*, esto quiere decir que se mantiene más allá de la muerte de un sujeto, y cuando esta ocurre existe la transferencia de un derecho de un sujeto al otro (sucesiones) o, en otras palabras, surge un derecho en cabeza de un sujeto (pariente) después de la muerte del otro¹³. El título de legitimación para la tutela de un interés, que es propio del sujeto en tanto pariente del difunto, es un tema que concierne al derecho genealogista.

En ocasiones puede suceder que no se conoce a los herederos del causante y este no ha dejado testamento, y cuando esto sucede el ordenamiento jurídico de cada país dispone de mecanismos que permiten encontrarlos y hacer valer sus derechos; de lo contrario, los bienes que forman parte del patrimonio del de cujus pasan a integrar el fisco del Estado.

Nos referimos al caso de la herencia yacente, denominación que se le da al período que va entre la apertura de la sucesión, tras el fallecimiento del causante, y la aceptación o repudio de la herencia por los herederos, y durante el cual se designa a un responsable de la herencia (curador), encargado de hacer inventario de los bienes, derechos y obligaciones que la conforman, mientras que un tribunal fija unos edictos llamando a los herederos del causante para que manifiesten su voluntad de aceptar o repudiar la herencia en un período determinado¹⁴. Si no aparecen los herederos, la herencia dejará de ser yacente y será declarada como herencia vacante.

Los casos de herencia yacente son de especial interés para los expertos en derecho genealogista puesto que dichos profesionales cuentan con la experiencia para buscar a los descendientes, remontándose a sus antepasados en caso de ser necesario, con miras a la aceptación o repudio de la herencia.

También pueden existir otros casos en los que, aun existiendo testamento, es necesario acudir a un experto en derecho genealogista cuando un heredero plenamente identificado se encuentra desaparecido.

¹³ Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de Familia*, 20-21.

¹⁴ El artículo 1065 del Código Civil venezolano señala que transcurrido un año después de fijados los edictos, sin haberse presentado nadie reclamando fundadamente derecho a la herencia reputada yacente, el juez declarará vacante la herencia y pondrá en posesión de ella al empleado fiscal respectivo.

Destacamos que la determinación del vínculo genealógico –ascendiente y descendiente– para hacer valer los derechos de los herederos, puede tener relevancia incluso en disciplinas como el derecho agrario. Por ejemplo, en Venezuela, producto de una reforma de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario del año 2001, se modificó el régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado, pasando a ser, a partir de esa fecha, bienes del dominio público, inalienables e imprescriptibles¹⁵.

Con ocasión de dicha reforma, los propietarios privados de predios rurales estaban obligados a presentar ante organismos públicos “título de propiedad privada” que fuese “suficiente” para demostrar el carácter privado de la propiedad previo a la reforma legal, es decir, si el predio rural había sido adquirido por compra, donación, herencia, adquisición por prescripción, o cualquier otro mecanismo jurídicamente válido.

Los organismos del Estado venezolano encargados de verificar la titularidad privada de predios rurales comenzaron a exigir la demostración de la “cadena titulativa de la propiedad certificada desde 1848”, es decir, la tradición legal de la propiedad por más de 150 años¹⁶.

Advertimos que tal exigencia ha sido cuestionada de inconstitucional por destacados juristas venezolanos, pero el estudio pormenorizado de este tema excede los límites de nuestra ponencia. No obstante, el mencionado requerimiento legal nos permite poner de relieve la importancia del derecho genealogista para casos como el presente.

4. Nobleza

El término nobleza está referido a aquellas clases sociales –existentes sobre todo en Europa– que poseían poder económico, social, político e incluso militar, transmisible por vía de sangre. La condición de noble deviene de un título nobiliario, es decir, una dignidad otorgada por los Reyes a una persona –ciudadano del país o extranjero–, y puede ser traspasado por herencia (vía sucesoria)

¹⁵ Véase: Allan Brewer Carías, “La figura del ‘rescate’ administrativo de tierras agrícolas de propiedad privada regulada en la reforma de Ley de tierras y desarrollo Agrícola de 2010, su inconstitucionalidad, y el tema de la acreditación de la titularidad de la propiedad privada sobre tierras rurales”, *Revista de Derecho Público* 137 (2014): 190-207.

¹⁶ Allan Brewer Carías, “La figura del ‘rescate’ administrativo de tierras agrícolas de propiedad privada...”, 194.

y matrimonio (el título se ostenta como consorte de una persona que lo posea). El vínculo genealógico le da derecho a un sujeto a reclamar su condición de noble y ser acreedor de los derechos y obligaciones que derivan de la misma.

IV. Disciplinas afines al derecho genealogista

Indicábamos previamente que en ocasiones el vínculo genealógico –filia- ción– resulta en sí mismo insuficiente para hacer valer los derechos y obligacio- nes que derivan de un lazo de sangre. Es necesario, además, su prueba, para lo cual el derecho genealogista se apoya en varias disciplinas de las ciencias socia- les:

1. Historia

La historia nos permite conocer los hechos ocurridos en su verdadero contexto y entender el comportamiento humano en cada época y sociedad. Para establecer la existencia de un vínculo genealógico por varias generaciones es necesario estudiar el origen, desarrollo y evolución de los pobladores de una ciudad, comarca, región o país, con lo cual la historia se convierte en una disci- plina que apoya al derecho genealogista.

2. Onomástica

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la onomástica como la “ciencia que trata de la catalogación y estudio de los nom- bres propios”¹⁷. A través del estudio de los topónimos¹⁸ se puede encontrar la genealogía de un individuo o familia, además de conocer la evolución y/o cam- bios a través del tiempo o de las distintas culturas.

Así, la onomástica apoya al derecho genealogista porque, al intentar de- terminar los ascendientes y descendientes de determinado sujeto, es necesario conocer los orígenes, variedades y variaciones lingüísticas de los nombres y/o apellidos de una o varias familias para poder establecer las posibles relaciones de sangre que puedan existir entre estas.

¹⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, versión electrónica 23.5, s.v. “onomástico, ca”, acceso el 26 de enero de 2022, <https://dle.rae.es/onomástico>.

¹⁸ “Nombre propio de lugar”. *Diccionario de la Lengua Española*, versión electrónica 23.5, s.v. “to- pónimo”, acceso el 26 de enero de 2022, <https://dle.rae.es/topónimo>.

3. **Paleografía**

En ocasiones, para hacer valer algunos derechos genealógicos, como los nobiliarios o la nacionalidad, se requiere constatar la existencia del vínculo genealógico por varias generaciones. La prueba de dicho vínculo –que generalmente es un acta, partida o registro de nacimiento– puede constar en documentos antiguos cuyo significado de las palabras pudo (o no) variar en el tiempo. En estos casos, el derecho genealogista hace uso de la paleografía para descifrar los textos antiguos, datarlos y asignarles un lugar de procedencia, con miras a demostrar dicho vínculo.

4. **Diplomática**

La diplomática es la ciencia que estudia los documentos antiguos con el fin determinar su autenticidad. Para ello es preciso establecer su origen, procedencia, carácter, época, autoría, contenido, tipología, grado de tradición o transmisión y el nivel de credibilidad que merecen en cuanto testimonios históricos¹⁹. En tal sentido, el derecho genealogista se vale de la revisión y el estudio de documentos, tales como actas de bautismo, nacimiento, matrimonio, defunción, de los cuales debe determinar su procedencia y legitimidad para poder sustentar con certeza y validez determinado vínculo familiar.

5. **Heráldica**

La heráldica es la ciencia que estudia y fija las normas para la correcta interpretación de los escudos de armas, los cuales comenzaron a utilizarse en el siglo XI como un mecanismo para distinguir a los guerreros entre ellos. Los escudos son considerados una extensión gráfica del apellido y de allí su interés para el derecho genealogista, sobre todo en aquellos casos en los que se quiere determinar la existencia o no de un linaje²⁰, es decir, de las personas que descienden de aquella a quien se concedió el derecho al escudo.

¹⁹ Ángel Riesco Terrero, “La paleografía y diplomática en el marco de los estudios de documentación”, *Cuadernos de documentación multimedia* 10 (2000): 79-102.

²⁰ Sampedro Escolar explica que el linaje se compone de tres elementos: 1. El personal, es decir, el conjunto de personas que a través de las generaciones están unidas por parentesco y que tienen un personaje ilustre como ascendiente común, 2. El formal, referido a las señas diferenciadoras de esas personas, lo que luego será el apellido, y 3. El escudo de armas, en su caso. Véase: José Luis Sampedro Escolar, “Escudos de linajes, no de apellidos”, en *De sellos y blasones: miscelánea científica*, coord. Juan Carlos Galende Díaz (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2012), 387-412.

6. Documentación

López Yepes define la documentación como la ciencia que tiene por objeto “el estudio del proceso de comunicación de las fuentes documentales para la obtención de nuevo conocimiento”²¹, entendiéndose que todo depositario de documentos se convierte en documentalista cuando los analiza e informa acerca de su contenido a un usuario o investigador.

Partiendo de ello, tenemos que el especialista en derecho genealogista debe primero documentarse –estudiar, analizar y procesar esas fuentes documentales a las que tiene acceso– para adquirir los conocimientos que le permitan determinar y probar el vínculo genealógico, y presentar ante la instancia administrativa y judicial correspondiente todos los medios de prueba que permitan hacer valer los derechos y obligaciones que deriven de dicho vínculo

V. *Fuentes del derecho genealogista*

Las fuentes del derecho genealogista son los medios que utiliza el investigador para hacer valer los derechos y obligaciones que derivan del vínculo genealógico. Estas pueden dividirse en formales e históricas, entendiéndose por las primeras aquellas que recogen, interpretan o desarrollan las normas jurídicas que regulan los derechos genealógicos (la legislación, la doctrina, los principios generales del derecho, los tratados internacionales, la jurisprudencia y la costumbre), y por las segundas, como aquellas que aportan información sobre la existencia o no del vínculo genealógico.

A continuación, revisaremos algunas de las fuentes del derecho genealogista:

1. Fuentes formales

a. La ley

Como toda disciplina jurídica, la ley representa la principal fuente del derecho, y el derecho genealogista no es la excepción, puesto que en ella se delimita el contenido y alcance de los derechos genealógicos, la forma cómo hacerlos valer y los medios probatorios necesarios para ello, entre otros aspectos.

²¹ Citado en: Manuel Blázquez-Ochando, *Historia de la ciencia de la documentación: el conocimiento de los orígenes de la documentación*, (Madrid: mblazquez.es, 2012), 104.

b. La doctrina

Los estudiosos del derecho juegan un rol importante en la generación de conocimiento que permita comprender mejor las instituciones jurídicas. Sin embargo, en nuestro caso, no solamente los estudios de derecho genealogista constituyen una fuente importante de consulta para la disciplina, sino que, además, los estudios genealógicos, históricos, heráldicos y de las otras ciencias afines, aportan valor a esta rama del derecho, puesto que el análisis adecuado de los documentos que permiten probar la existencia de un vínculo genealógico dependerá de los conocimientos que nos aporten esas ciencias afines.

c. La jurisprudencia

Las decisiones de los tribunales de justicia (comunitarios, nacionales y extranjeros) resultan relevantes para el derecho genealogista porque ellos han contribuido al desarrollo de la disciplina en cuanto a derechos genealógicos se refiere. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia del 2 de junio de 2016, en el caso *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, consideró que el orden público de un Estado miembro puede ser una justificación para negar el reconocimiento de un cambio de apellido que contenga elementos nobiliarios y que haya sido autorizado en otro Estado miembro, en función de las circunstancias²². Un caso que, sin lugar a dudas, atrae el interés de los especialistas en derecho genealogista porque establece parámetros que pueden limitar el ejercicio de un derecho genealógico.

2. Fuentes históricas

Hemos indicado que el hecho natural de la existencia del vínculo genealógico no siempre resulta suficiente para hacer valer los derechos y obligaciones que deriven de este; se requiere, además, su prueba, y es entonces cuando las fuentes históricas resultan de importancia para el derecho genealogista.

Siguiendo a Martínez-Solís et al., las fuentes históricas pueden ser explícitas, es decir, documentadas –con independencia del soporte elegido para la

²² Ángeles Lara Aguado, “Reconocimiento, sí, ma non troppo: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado* 4 (2016): 1-16.

documentación– o tácitas, aquellas que forman parte de la tradición oral, en cuyo caso es necesario recoger, grabar, filmar, entre otros²³.

a. Fuentes documentales o explícitas²⁴

i. Documentación notarial

Actas y protocolos que dan fe de relaciones contractuales y manifestaciones de voluntad de los sujetos, que han permitido establecer todo un sistema de relaciones sociales y económicas desde hace muchos siglos. Los testamentos, capitulaciones matrimoniales, cartas de dote, de voluntad y de perdón, inventarios de bienes, compraventas, sentencias de divorcio, son documentos que integran esta categoría.

ii. Documentación judicial

Se incluyen en esta categoría los autos de bienes de difuntos, los expedientes de inquisición, los juicios criminales, del mayorazgo, los procedimientos de hidalguía, así como las pruebas de limpieza de sangre y de ingreso en órdenes militares.

iii. Documentación eclesiástica

Esta categoría contempla la documentación existente en las iglesias parroquiales, órdenes y congregaciones religiosas, seminarios y obispados. Para la genealogía cobran interés los llamados libros sacramentales, que contienen actas de nacimiento, matrimonios y defunciones, así como los bautismos, las confirmaciones y primeras comuniones²⁵.

Otros documentos eclesiásticos son las dispensas de matrimonio, los expedientes de consanguinidad/afinidad, informaciones matrimoniales, las demandas de divorcio, las capellanías y los libros de matrícula, fábrica y carta cuenta.

²³ Lorena Martínez-Solís, Celia Chaín Navarro y Juan José Sánchez Baena, “Documentación e investigación genealógica: guía de fuentes para la gestión de la información familiar”, *Scire: Representación y organización del conocimiento* 20, no. 1, (2014): 73-89.

²⁴ Lorena Martínez-Solís, Celia Chaín Navarro y Juan José Sánchez Baena, “Documentación e investigación genealógica...”, 74.

²⁵ Juan Carlos Morales Manzur, “Los archivos eclesiásticos y otras fuentes para la investigación genealógica en el Zulia”, *Boletín de la Academia de Historia del Estado Zulia* 52 (2015): 1-19.

iv. Documentación municipal

Se incluyen en esta categoría los documentos que pueden encontrarse en los archivos de los gobiernos locales, tales como: registros de empadronamiento, censos, catastro de ensenada, entrada y salida de expósitos, expedientes de naturalización, socorro de lactancias, gracias al sacar, expedientes de pasajeros de Indias, cementerios municipales o el Registro Civil.

v. Documentación militar

Documentos custodiados por instituciones militares pertenecientes a los Ministerios de la Defensa que contienen información de interés para estudiar las sagas familiares militares que durante siglos se han formado en los territorios hispanos, desde las probanzas –o pruebas testificales de la nobleza de los aspirantes– a las hojas de servicio de los militares.

vi. Otras fuentes o instituciones

En las Academias de Historia y en algunas páginas de internet especializadas en genealogía pueden encontrarse documentos que permiten establecer un vínculo genealógico. Se puede destacar en este grupo el trabajo realizado por la Iglesia de Jesucristo y de los Santos de los Últimos Días (mormones), que posee una base de datos genealógica de la población organizada por zonas y regiones de varios países.

b. Fuentes orales o tácitas²⁶

Morales Manzur afirma que la tradición oral es una de las fuentes utilizadas para reconstruir la trayectoria de los personajes y las familias; no obstante, su uso debe ser cuidadoso, pues en ocasiones el testimonio –al ser transmitido a través de varias generaciones– puede sufrir distorsiones y presentar un obstáculo para establecer el vínculo genealógico de forma adecuada.

Por ello, el especialista en derecho genealogista, al momento de estimar el valor probatorio de un testimonio, deberá considerar, entre otros elementos, la credibilidad de la persona que lo ofrece, su mayor o menor conciencia de los hechos, e incluso, contrastar su versión con otras fuentes orales y/o documentales. De esta forma, más allá del interés que pueden tener las fuentes

²⁶ Juan Carlos Morales Manzur, “Los archivos eclesiásticos y otras fuentes para la investigación genealógica en el Zulia”, 13.

orales o tácitas para nuestra disciplina, se puede evaluar el peso real de este recurso en el establecimiento de un vínculo genealógico.

VI. Reflexión final

No tenemos duda de la existencia de una disciplina dedicada al estudio de las consecuencias jurídicas del vínculo genealógico, para la cual creemos que se ajusta bien la denominación derecho genealogista.

En este trabajo hemos procurado ordenar y resumir las ideas centrales en torno a esta disciplina jurídica, así como exponer su alcance, las otras especialidades con las que está relacionada y sus diversas fuentes.

Animamos a los juristas a adentrarse en el estudio de este mundo fascinante.

El Comité de Libertad Sindical como órgano de control de la OIT. Caso Venezuela

María Bernardoni de Govea*

Gustavo Saturno Troccoli**

pp. 23-52

Invitado: 09 may 2022

Sumario

I. Introducción | II. Análisis de las quejas por las cuales el país ha respondido ante el Comité de Libertad Sindical y otros órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo | III. Caso de especial relevancia: La Comisión de Encuesta para Venezuela nombrada en 2018. Informe de la CE | IV. Consideraciones jurisprudenciales: la sentencia N°170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 4 de julio de 2019 | V. Inexistencia de una Institución tripartita de diálogo y concertación social: eliminación de la Comisión Tripartita para la fijación del salario mínimo y otros mecanismos de diálogo, por parte del DLOTTT, del año 2012. El Informe de la Comisión de Encuesta en esta materia | VI. Conclusiones y Perspectivas

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex ministra del Trabajo de Venezuela.

** Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Laboral en la Universidad del Istmo de Panamá.

El Comité de Libertad Sindical como órgano de control de la OIT. Caso Venezuela

Resumen: El presente ensayo académico fue presentado por sus autores en el marco del Segundo Congreso Mundial del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRASS), celebrado en el mes de febrero del año 2022. Su contenido también fue explicado dentro de un panel integrado por diversos países latinoamericanos, en el cual se analizaron los principales casos que han sido tramitados ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT. No obstante, y como quiera que desde el año 2018, el Consejo de Administración de esa Organización internacional, decidió nombrar una Comisión de Encuesta para Venezuela, los autores enfocaron también su análisis en este especial procedimiento internacional, el cual constituye la instancia de más alto nivel de la OIT, y se utiliza cuando un Estado miembro es acusado de cometer violaciones persistentes y graves a su Sistema Normativo.

Palabras claves: Libertad Sindical | Comisión de Encuesta | Comité de Libertad Sindical | OIT | Venezuela.

The Committee on Freedom of Association as a supervisory body of the ILO. Venezuelan case

Abstract: This academic article was presented at the Second World Congress, organized by the Latin American Institute of Labor and Social Security Law, in February 2022. Its content was also explained at a conference in which other Latin American countries in which the main cases that have been processed before the ILO Committee on Freedom of Association were analyzed. However, given that since 2018, the Governing Body of that international organization decided to appoint a Commission of Inquiry for Venezuela, the authors also focused their analysis on this special international procedure, which is the highest-level instance of the ILO and is used when a member State is accused of committing persistent and serious violations of its Standards System.

Keywords: Freedom of Association | Commission of Inquiry | Committee on Freedom of Association | ILO | Venezuela.

I. Introducción

El desarrollo del tema en el caso venezolano hará un especial énfasis en el análisis de la Comisión de Encuesta para Venezuela (en lo sucesivo CE), nombrada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo OIT), en su reunión 332^a, de marzo de 2018; procedimiento considerado como el método de más alto nivel y mayor formalidad para el control de los incumplimientos de las normas emanadas de esta Organización, y que hasta la fecha no se ha concluido. Como es sabido, el nombramiento de una CE está precedido de la aplicación de otros métodos de control, llevados por el Comité de Libertad Sindical (en lo sucesivo CLS), la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en lo sucesivo CEACR), y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia General (en lo sucesivo Comisión de la Conferencia), que hayan resultado infructuosos para lograr que el país cumpla con las obligaciones emanadas de su condición de miembro de la Organización. En palabras del Consejo de Administración “una Comisión de Encuesta se nombra cuando un Estado miembro es acusado de cometer violaciones persistentes y graves de los Convenios Internacionales ratificados, que son tratados internacionales vinculantes, y se niega reiteradamente a ocuparse de ello”¹. En ese sentido, al análisis de la CE para Venezuela se hará el punto N°3.

A los casos más importantes que condujeron al sometimiento de Venezuela a los órganos de control, haremos referencia en el punto N°2, mientras que en los puntos N°4 y N°5 se harán referencias puntuales sobre las principales interpretaciones jurisprudenciales de las normas venezolanas en materia de libertad sindical, así como de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT y, en general, de la situación actual del diálogo social en el país.

El análisis de estos puntos nos permitirá presentar algunas conclusiones sobre el tema y evaluar las perspectivas del país en relación con la libertad sindical y sus contenidos esenciales.

¹ “El Consejo de Administración de la OIT decide nombrar una Comisión de Encuesta para Venezuela”, Organización Internacional del Trabajo, acceso el 14 de enero de 2022, <https://rb.gy/g6eb0d>.

II. *Análisis de las quejas por las cuales el país ha respondido ante el Comité de Libertad Sindical y otros órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo*

En el análisis de este punto, nos centraremos en los casos de reclamaciones y quejas en el periodo posterior al año 1999; fecha de entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo CRBV)², y período en el que, bajo los Gobiernos de Hugo Chávez Frías y Nicolás Maduro Moros, se ha llevado adelante la llamada “revolución bolivariana”, basada en el llamado “socialismo del siglo XXI” y representativa de un giro radical en el sistema de relaciones laborales, el cual, hasta 1999, se había caracterizado por “un objetivo tutelar más o menos genuino en la regulación de las relaciones individuales de trabajo y una finalidad de control en lo que toca a las relaciones colectivas”, además de un marcado dualismo, para alcanzar “un equilibrio entre las tendencias hacia el voluntarismo y la intervención del Estado”³.

Estas características hacen que pueda sostenerse que Venezuela, en el periodo anterior a 1999, no haya sido “un asiduo cliente” de los órganos de control de la OIT y, menos aún, anfitrión de misiones de contactos directos o de comisiones de encuestas. Por el contrario, en el periodo posterior a 1999, han funcionado en el país, producto de la función contralora de los órganos de la OIT, una Misión de Contactos Directos (del 6 al 10 de mayo de 2002); una Misión Tripartita de Alto Nivel (del 27 al 31 de enero de 2014); y una Comisión de Encuesta (designada en marzo de 2018).

En este sentido, es ilustrativo que desde la creación del CLS en 1951 (71 años), Venezuela ha estado involucrada en al menos 77 quejas, de las cuales, más de la mitad (38 quejas) se han tramitado bajo los periodos de gobierno (22 años) del antes mencionado socialismo del siglo XXI.

La CE en su Informe⁴ hace referencia a este periodo histórico/político cuando señala: “durante casi veinte años, el Gobierno ha llevado adelante su

² La CRBV fue aprobada por la población en referéndum de fecha 15 de diciembre de 1999, y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°36.860, del 30 de diciembre de 1999.

³ Organización Internacional del Trabajo, *Relaciones de Trabajo en Venezuela: Informe de una Misión de la Oficina*. (Organización Internacional del Trabajo, 1995), 15.

⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la obser-*

programa político, sin asegurar el respeto de la libertad sindical, incluida la autonomía de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, del diálogo social y de la consulta tripartita”.

Veamos entonces, a continuación, algunos de los casos de Venezuela ante los órganos de control de la OIT, clasificados en orden cronológico y temático.

1. Normas constitucionales que violentan los convenios internacionales

La CEACR solicitó derogar las siguientes normas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada el 30 de diciembre de 1999: el artículo 95, que establece la alternabilidad de los miembros de las directivas sindicales, subrayando que la decisión de alternancia debe corresponder a las organizaciones de trabajadores y sus miembros; el artículo 293 y la disposición transitoria octava, a través de las cuales se le atribuyó al Consejo Nacional Electoral (en lo sucesivo CNE), la función de organizar las elecciones de los sindicatos y gremios profesionales, recordando una vez más al Gobierno que la reglamentación de los procedimientos y modalidades de la elección de dirigentes sindicales debe corresponder a los estatutos sindicales y no a un órgano ajeno a las organizaciones de trabajadores⁵.

En este tema, el CLS señala mostrarse “especialmente preocupado por el excesivo poder de intervención concedido al CNE, e instó al Gobierno a modificar el artículo 293 de la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Electoral en el sentido solicitado por la CEACR”⁶.

La Comisión de la Conferencia, por su parte, objetó la realización del referéndum nacional sindical en diciembre de 2000, para el cual fue convocado toda la ciudadanía, en el marco del artículo 71 de la CRBV; y consideró nece-

vancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144) (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2019), 232. Disponible en: https://www.ilo.org/global/WCMS_722037/lang-es/index.htm

⁵ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe sobre la misión de contactos directos de la OIT, realizada en Venezuela del 6 al 10 de mayo de 2002* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, s/f).

⁶ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2015), 347 y 348. Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2015-104-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2015-104-1A).pdf).

sario modificar la Carta Magna en ese sentido, a fin de que este tipo de referéndum -que implica una injerencia en los asuntos internos de los sindicatos- no sea jurídicamente posible⁷.

2. Violación de los derechos de organización y acción sindical, como contenidos esenciales de la Libertad Sindical

En el primer trimestre de 2003, se presentaron sendas quejas en contra de Venezuela: una por parte de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (en lo sucesivo CTV), apoyada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (en lo sucesivo CIOSL); y la otra por la Unión Nacional de Trabajadores Petroleros (en lo sucesivo UNAPETROL).

Los motivos principales de las referidas quejas fueron: a) La negativa para el registro de la organización sindical UNAPETROL, así como el despido, en razón de sus actividades sindicales, de más de 19.000 trabajadores de la empresa estatal Petróleos de Venezuela (en lo sucesivo PDVSA); b) El desconocimiento de la CTV, mayoritaria organización sindical para la época, y la campaña de descrédito público que se desató en contra de sus directivos; c) El desconocimiento del derecho de participación sindical en el Paro Cívico Nacional, desarrollado desde el 2/12/2002, hasta enero 2003; y, d) La persecución de dirigentes sindicales por su participación en el referido paro cívico, así como la medida de auto de detención en contra de Carlos Ortega, Presidente de la CTV.

Sometidas dichas quejas al conocimiento del CLS, bajo el caso N°2249, se destacan a continuación dos informes emanados de este órgano: uno de marzo de 2004, identificado como el Informe Provisional N°333; y otro de junio de 2005, nombrado como Informe N°337, cuyos señalamientos más importantes fueron los siguientes:

1. El movimiento reivindicatorio del paro cívico nacional podía ser asimilado a una huelga general, dirigida contra la política económica y social del Gobierno, considerándose la paralización de las labores en la industria del petróleo como una actividad sindical. En consecuencia, según el CLS, los gerentes y trabajadores del sector del petróleo no debieron ser despedidos, al tener sus reclamaciones un carácter pacífico y ser sus motivaciones de naturaleza gremial y sindical.

⁷ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe sobre la misión de contactos...*

2. El sector del petróleo no es un servicio esencial en el que se pueda prohibir la huelga, pero sería legítimo requerir un servicio mínimo en caso de la paralización de las labores, cuya magnitud y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda. Sin embargo, las organizaciones sindicales debieron poder participar en su definición, junto con las autoridades públicas y los empleadores. En ese sentido, observó el CLS que, en este caso, las autoridades no habían tomado medidas para concretar un servicio mínimo con la participación de las organizaciones de trabajadores y empleadores, por lo que los dirigentes que organizaron el paro cívico, sus afiliados y los trabajadores que participaron en él, no debieron ser víctimas de represalias.
3. El rechazo de los despidos masivos precipitados y desproporcionados, los cuales se prestaron a abusos y destruyeron las relaciones laborales de miles de trabajadores. En relación con ello, el CLS pidió al Gobierno que iniciara negociaciones con los sindicatos más representativos, con el fin de encontrar solución a los despidos.
4. El despido de 18.000 trabajadores indicaba que la paralización de labores no fue solo obra de los gerentes de la nómina mayor y ejecutiva de la empresa (cual era el argumento de PDVSA).

En vista de las anteriores y de otras consideraciones, el CLS constató, con grave preocupación, que el Gobierno no había dado cumplimiento a sus recomendaciones sobre ciertas cuestiones importantes, que entrañan violaciones muy graves de los derechos sindicales. Y en ese sentido, pidió al Gobierno que tomara las medidas necesarias para la puesta en libertad del Sr. Carlos Ortega, presidente de la CTV, y dejara sin efectos las órdenes de detención contra los dirigentes de UNAPETROL.

Asimismo, deploró los despidos masivos antisindicales que se produjeron en la empresa estatal PDVSA y sus filiales, los cuales afectaron a más de 23.000 trabajadores. Asimismo, constató que sólo alrededor del 25% de estos despidos habían sido resueltos.

Finalmente, deploró también el enorme retraso en el procedimiento de impugnación de las elecciones sindicales de 2001, así como la injerencia del CNE en las elecciones sindicales de la junta directiva de la CTV.

Actualmente, el Caso N°2249 aparece en los archivos de la OIT en condición de “cerrado”, ratificando, en su último informe de 2010, “todas las recomendaciones dadas en sus informes anteriores”.

3. Violación de la obligación de los gobiernos de establecer el diálogo social en sus relaciones con las organizaciones de trabajadores y de empleadores

En el año 2009, la CEACR planteó una observación individual para Venezuela, sobre la aplicación del Convenio N°87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948 (en lo sucesivo, Convenio N°87), ratificado por Venezuela en 1982. En aquel informe se señaló, textualmente, lo siguiente: “FEDECÁMARAS⁸ señala que desde hace nueve años el Gobierno no convoca a la Comisión Tripartita Nacional (...) sobre salarios mínimos (...) por lo que la Comisión pide que se cumpla con las reiteradas recomendaciones del CLS para que se ponga en marcha en el país una comisión nacional mixta de alto nivel, asistida por la OIT, para examinar todas las cuestiones pendientes”⁹.

4. Normas del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (en lo sucesivo, DLOTTT)¹⁰, que violentan el Convenio N°87

Un caso particularmente emblemático sobre violaciones al Convenio N°87 en Venezuela, el cual ha sido objeto de estudio y revisión, tanto por el CLS como de la CEACR, fue la promulgación del DLOTTT.

En ese sentido, a finales del siglo XX, el numeral Tercero de la Disposición Transitoria Cuarta de la CRBV, había ordenado promulgar una nueva Ley Orgánica del Trabajo, dentro del año siguiente a su instalación. Y siendo que la Asamblea Nacional se instaló, finalmente, en agosto del año 2000, la ley debió

⁸ Las siglas corresponden a la Federación de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción de Venezuela: actualmente, asociación más representativa de los empleadores en Venezuela.

⁹ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009), 211. Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2009-98-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2009-98-1A).pdf).

¹⁰ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.076 Extraordinario, del 07 de mayo de 2012.

sancionarse, a más tardar, en agosto de 2001. No obstante, se promulgó, finalmente, el 30 de abril de 2012, con casi 11 años de retardo, mediante un Decreto-Ley emanado directamente del Presidente de la República.

En general, con aquella ley se comenzó a implementar en Venezuela un modelo socialista de relaciones laborales, tal y como había sido previsto en el “Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista 2007-2013”, mediante el cual se estableció como meta fundamental: “transformar las relaciones sociales de producción, construyendo unas de tipo socialistas basadas en la propiedad social”¹¹. En efecto, el mismo día de su promulgación, el entonces primer vicepresidente para el Área Social, Nicolás Maduro Moros, indicó que el DLOTTT era “la primera ley en el tránsito y en la construcción del socialismo”¹².

Eso explica por qué en los diez años anteriores a la promulgación del DLOTTT, por ejemplo, ya habían sido estatizadas unas 1.168 empresas, particularmente, en los sectores de la construcción, agroindustrial, petrolero, comercial y alimentos, según los datos de la Confederación Venezolana de Industriales (Conindustria)¹³. Además, en los años posteriores a su entrada en vigencia, más de 500,000 empresas fueron cerradas en el país, según lo indicó en su momento el Consejo Nacional del Comercio y los Servicios de Venezuela (Consecomercio)¹⁴.

Fue así como se comenzó a implementar entonces un modelo socialista de relaciones laborales, cuyo propósito fundamental no era ya la protección de los derechos e intereses del trabajador, ni el favorecimiento de las relaciones armónicas entre trabajadores y empleadores, sino el establecimiento de un “proceso social de trabajo”, cuyo único objeto -como lo dijo atinadamente, en alguna

¹¹ Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, *Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista -PPS. Desarrollo económico y social de la nación, 2007 – 2013* (Caracas: Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2007), 11.

¹² Héctor Lucena, “Una Ley para los Trabajadores”, Blog de Héctor Lucena, 05 de mayo de 2012, <https://hectorlucena.blogspot.com/2012/05/una-ley-para-los-trabajadores.html>.

¹³ La República / Colombia, “Hugo Chávez expropió casi 1,200 empresas en diez años”, *El Economista*, 07 de marzo de 2013, acceso el 29 de agosto de 2017, <https://rb.gy/bgonov>.

¹⁴ EFE, “Comerciantes venezolanos reportan 500.000 empresas cerradas en 10 años”. *El Estímulo*, 20 de abril de 2017, acceso el 01 de septiembre de 2017, <https://rb.gy/go0esy>.

ocasión, el Profesor Héctor Jaime Martínez- era exclusivamente el de “alcanzar los fines del Estado”¹⁵ (Ver arts. 1º, 24 y 25).

El derecho laboral venezolano se convirtió así en una herramienta para alcanzar objetivos que estaban muy lejos de la protección de los trabajadores, como “la independencia y la soberanía nacional, la soberanía económica del país (...), el desarrollo humano integral para una existencia digna y provechosa de la colectividad (...), la seguridad y soberanía alimentaria sustentable (...), la protección del ambiente y el uso racional de los recursos naturales” (Ver Art. 25 DLOTTT).

En su informe de 2016¹⁶, la CEACR adoptó una observación a través de la cual se reconoció la violación al Convenio N°87, por parte de diversas disposiciones del DLOTTT, así como por varias acciones del Gobierno venezolano. En apretada síntesis, en aquel informe se hizo mención a:

1. Las normas sobre el Registro de las Organizaciones Sindicales (en lo sucesivo RNOS), previstas en los artículos 367, 368, 387 y 388 del DLOTTT, especialmente:
 - a. Carácter demasiado extenso de las finalidades de las organizaciones sindicales, incluyendo numerosas responsabilidades propias de las autoridades públicas.
 - b. La conclusión del proceso de registro sindical, no debía ser una condición para el reconocimiento de una organización de trabajadores, ni para el ejercicio de sus actividades legítimas.
 - c. La afiliación sindical de los trabajadores no debía ser comunicada al empleador, ni a las autoridades.
 - d. El artículo 387.8 del DLOTTT, condicionaba la elegibilidad de los dirigentes sindicales, al hecho de no haber pertenecido a otra junta directiva de otro sindicato, cuyo período hubiera vencido y no se hubieran realizado las respectivas elecciones.

¹⁵ Héctor Jaime Martínez, “La Lott y la protección laboral. El Trabajo como Proceso Social, *SIC* 746 (2012).

¹⁶ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016) Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2016-105-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2016-105-1A).pdf).

2. Normas regulatorias de las elecciones sindicales, previstas en los artículos 395, 402, 403.e, 405, 407, 408 y 410 del DLOTTT, particularmente:
 - a. Las elecciones sindicales son un asunto interno de las organizaciones, en el que las autoridades no deben intervenir.
 - b. Las normas no deben permitir que una autoridad no judicial (como el CNE) decida los recursos relativos a las organizaciones sindicales.
 - c. Debe eliminarse de la legislación y la práctica, el principio de que la mora electoral inhabilita a las organizaciones sindicales para la negociación colectiva (la mora electoral refiere, según el DLOTTT, a la organización sindical cuya junta directiva este con el periodo vencido).
 - d. Debe eliminarse la obligación de comunicar al CNE el cronograma electoral.
 - e. Debe eliminarse también la publicación en la Gaceta Electoral de los resultados de las elecciones sindicales, como condición para ser reconocidas.
 - f. Debe revisarse la norma que prevé que el incumplimiento de los afiliados a un sindicato del pago de las cuotas sindicales, no debe considerarse impedimento para el derecho al sufragio.
 - g. Debe revisarse la norma que establece la obligatoriedad de la elección uninominal y la representación proporcional de las minorías, así como la norma que impone la figura del referéndum revocatorio.
3. Normas regulatorias de la acción sindical, previstas en los artículos 484 y 494 del DLOTTT, especialmente:
 - a. Debe ser una autoridad judicial o independiente la que determine las áreas o actividades que no pueden paralizarse durante la huelga en servicios esenciales a la población.
 - b. El sistema para la designación de los miembros de una junta de arbitraje, en caso de huelga en los servicios esenciales, debía suscitar la confianza entre las partes, y que no fuera el Inspector del Trabajo a quien correspondiere hacerlo, en caso de no existir un acuerdo.

5. Violación del Convenio Nº122 de la OIT, sobre la política de empleo, de 1964

En el Informe de la Comisión de la Conferencia del año 2017¹⁷, se instó al Gobierno venezolano, con la asistencia técnica de la OIT y sin dilación alguna, a tomar las siguientes medidas:

1. Formular, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, una política de empleo orientada a promover el pleno empleo, productivo y libremente elegido, en un clima de diálogo exento de cualquier forma de intimidación;
2. Adoptar medidas concretas para poner en práctica una política de empleo que estimule el crecimiento y el desarrollo económico, además de elevar los niveles de vida y ayudar a combatir el desempleo y el subempleo; e
3. Institucionalizar un debate tripartito, con la presencia de la OIT, para fomentar un clima de confianza basado en el respeto de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

III. Caso de especial relevancia: La Comisión de Encuesta para Venezuela nombrada en 2018. Informe de la CE

1. ¿Qué es una Comisión de Encuesta?¹⁸

Se puede nombrar en el transcurso de un procedimiento general de queja, y constituye el procedimiento contencioso más formal de la OIT. Se le ha considerado, asimismo, el método de más alto nivel para el control de los incumplimientos de las normas de la Organización, entre otras razones, por su naturaleza jurisdiccional, ya que actúa como un órgano de primer grado, siendo sus recomendaciones vinculantes y su incumplimiento objeto de medidas que se consideren oportunas. En ese sentido, es importante señalar que la Constitución de la OIT, en 1919, preveía para este caso solo medidas de carácter económico.

Otra razón para esta calificación es que no se necesita la conformidad del Estado objeto de la queja, para su designación por parte del Consejo de Administración de la OIT. Puede así deducirse la importancia de este método de

¹⁷ Organización Internacional del Trabajo, *Por la reconciliación nacional...*

¹⁸ Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 26 al 34. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO.

control, al considerar que, en los 102 años de existencia de la OIT, se han nombrado solo 13 Comisiones de Encuesta;

En cuanto a las formas de iniciarse el procedimiento de queja, se indica que puede hacerlo cualquier Estado miembro, que haya ratificado el Convenio en relación con el cual se alega el incumplimiento, o algún delegado de la Conferencia Internacional, o de oficio por el propio Consejo de Administración de la OIT.

2. Comisión de Encuesta para Venezuela

1. ¿Quién presentó la queja?: 33 delegados empleadores a la 104ª Conferencia Internacional de 2015.
2. Creación: El Consejo de Administración en su 332ª reunión (marzo de 2018) decidió que se creara una CE para atender la queja presentada.
3. Causas de la queja y ámbito de competencia de la Comisión: Inobservancia de los convenios de la OIT: N°26, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, de 1928; N°87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948; N°144, sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), de 1976. Y se alegó, además: a. Actos de violencia, otras agresiones, persecución, acoso y una campaña para desprestigiar a la organización más representativa de los empleadores, incluidos sus líderes y afiliados, b. Injerencia de las autoridades, falta de consulta tripartita y exclusión del diálogo social. c. Afectación de las organizaciones de trabajadores no afines al Gobierno.
4. Miembros de la CE: Está compuesta por tres miembros independientes y altamente calificados en el área laboral: Presidente de la Comisión: Dr. Manuel Herrera Carbuccia (República Dominicana); Juez Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana; Profesor de Derecho Laboral de la Universidad Central del Este (UCE); Dra. María Emilia Casas Baamonde (España): Profesora de Derecho Laboral de la Universidad Complutense de Madrid/España. Ex Presidenta del Tribunal Constitucional de España: Dr. Santiago Pérez del Castillo (Uruguay): Profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Montevideo/Uruguay. Ex Rector de la Universidad de Montevideo/Uruguay. Ex Ministro del Trabajo y Seguridad Social de Uruguay.

3. Recomendaciones de la CE para Venezuela¹⁹

En fecha 17 de septiembre de 2019 la Comisión de Encuesta para Venezuela emite su Informe, al cual titula “Por la Reconciliación nacional y la Justicia Social de la República Bolivariana de Venezuela”, refiriéndonos a continuación a sus principales contenidos y recomendaciones.

La Comisión recomienda que se tomen las medidas necesarias para asegurar la existencia de un clima desprovisto de violencia, amenazas, persecución, estigmatización, intimidación u otra forma de agresión, en el que los interlocutores sociales puedan ejercer sus actividades legítimas, incluida la participación en un diálogo social con todas las garantías. En particular, la Comisión recomienda:

1. El cese inmediato de todos los actos de violencia, amenazas, persecución, estigmatización, intimidación u otra forma de agresión a personas u organizaciones en relación con el ejercicio de actividades gremiales o sindicales legítimas, y la adopción de medidas para garantizar que tales actos no se repitan en el futuro;
2. La no utilización de los procedimientos judiciales y las medidas cautelares y sustitutivas con el propósito de coartar la libertad sindical, incluido el sometimiento de civiles a la jurisdicción militar;
3. La liberación inmediata de todo empleador o sindicalista que pudiese permanecer en prisión en relación con el ejercicio de las actividades legítimas de sus organizaciones;
4. La adopción de las medidas necesarias para asegurar el Estado de derecho y, en particular, la independencia en relación con el Poder Ejecutivo y de los órganos de los demás poderes del Estado;
5. La organización de programas de formación con la OIT para promover la libertad sindical, la consulta tripartita y, en general, el diálogo social, conforme a las normas internacionales del trabajo.

Asimismo, la CE, recordando que la libertad sindical presupone la independencia del movimiento sindical y gremial, y que la dependencia de los partidos políticos y del Estado han sido problemas recurrentes en el país, recomendó también que se tomen las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto de la autonomía de las organizaciones de empleadores y de trabajadores,

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo, *Por la reconciliación nacional...*

así como para suprimir toda injerencia y favoritismo de las autoridades estatales. En ese sentido, la CE recomendó, específicamente, en consulta con las organizaciones representativas:

1. La adopción de las medidas necesarias para asegurar que tanto en la legislación como en la práctica el registro sea una mera formalidad administrativa que en ningún caso pueda implicar una autorización previa, y que se proceda al registro inmediato de la central sindical Alianza Sindical Independiente (en los sucesivo ASI);
2. La eliminación de la figura de la mora electoral y la reforma de las normas y procedimientos de elecciones sindicales, de manera que la intervención del CNE sea verdaderamente facultativa, y no suponga un mecanismo de injerencia en la vida de las organizaciones...;
3. La adopción de las medidas necesarias para eliminar la imposición de instituciones o mecanismos de control que, como los Consejos Productivos de Trabajadores, puedan coartar en la legislación o en la práctica el ejercicio de la libertad sindical; y,
4. El establecimiento, con la asistencia de la OIT, de criterios objetivos, verificables y plenamente respetuosos de la libertad sindical, para determinar la representatividad, tanto de organizaciones de empleadores como de trabajadores.

Finalmente, la CE recomendó tomar las medidas necesarias para el debido y efectivo cumplimiento de las obligaciones de consulta previstas en los Convenios números 26 y 144, así como el cese de la exclusión del diálogo social o de la consulta a FEDECAMARAS y a organizaciones sindicales no afines al Gobierno. En particular, la Comisión recomendó, en ese sentido, mediante el diálogo tripartito con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores:

1. Establecer procedimientos de consulta tripartita efectiva, tomando en consideración que el propio Gobierno ha reconocido la necesidad de crear mecanismos de diálogo social, así como de hacer las respectivas consultas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo;
2. Institucionalizar el diálogo y la consulta de manera que cubra las cuestiones previstas en todos los convenios ratificados de la OIT o relacionadas con su aplicación; y,

3. Crear y convocar, a la mayor brevedad, las siguientes mesas de diálogo para así acompañar la aplicación de las recomendaciones: i) Una mesa de diálogo tripartito que incluya a todas las organizaciones representativas; ii) Una mesa de diálogo entre las autoridades concernidas y FEDECÁMARAS para las cuestiones relativas a esta última, como las tomas de tierras, y iii) Otra mesa con las organizaciones de trabajadores representativas para tratar los temas que les conciernen específicamente. El mandato de estas mesas ad hoc sería facilitar y dar seguimiento a la ejecución de las recomendaciones.

4. Observación final de la Comisión de Encuesta

A la Comisión no le corresponde referirse a todos los factores que han llevado a la situación económica y política actual, pero no pudo dejar de observar que el país se encuentra hoy ante una gravísima crisis. Al mismo tiempo, observó que “durante casi veinte años, el Gobierno ha llevado adelante su programa político, sin asegurar el respeto de la libertad sindical, incluida la autonomía de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, del diálogo social y de la consulta tripartita”.

5. Situación actual del procedimiento de la Comisión de Encuesta

Mediante comunicación del 10 de agosto de 2020, el Gobierno contestó al Consejo de Administración de OIT afirmando que “no acepta las recomendaciones de la comisión de encuesta por cuanto su eventual cumplimiento conllevaría la vulneración de la Constitución de la República, la separación de Poderes, la legalidad, la independencia, la soberanía y la autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela”²⁰.

No obstante, dio cumplimiento a algunas de las recomendaciones de la CE, procediendo al registro de la confederación de trabajadores “ASI”, y dictó un indulto en beneficio de Rubén González, dirigente sindical detenido a causa del ejercicio de sus actividades sindicales.

De conformidad con el artículo 32 de la Constitución de la OIT, el informe de la CE y sus recomendaciones, no están condicionados a la aceptación

²⁰ Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, 340ª reunión, Ginebra, octubre-noviembre de 2020. Disponible en: <https://rb.gy/xdwlsu>.

que de ellos haga el respectivo Estado, siendo la Corte Internacional de Justicia la única autoridad que pudiera modificar, anular o confirmar el pronunciamiento del referido organismo, siempre y cuando el país concernido recurra ante este organismo, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del Informe de la CE. En el caso venezolano el Gobierno no recurrió por ante la referida Corte Internacional, por lo que está en la obligación de cumplir con dichas recomendaciones.

De persistir Venezuela en su posición de rebeldía ante las recomendaciones de la CE, estaría expuesta, según el artículo 33 la Constitución de la OIT, a la aplicación de las medidas que estime conveniente la Conferencia Internacional, a petición del Consejo de Administración, al objeto de lograr el respectivo cumplimiento. En ese sentido, cabe recordar que, en los 102 años de existencia de la OIT, solo se ha aplicado una vez el artículo 33 de la Constitución, específicamente, en el caso de Myanmar (Birmania), país que fue objeto de sanciones “no morales” por la reiterada violación del Convenio N°29 sobre abolición del trabajo forzoso.

En este sentido, conviene señalar que ya existe un proyecto de decisión del Consejo de Administración proponiendo la aplicación de medidas a Venezuela, sin embargo, la instauración a partir del 25/04/22 de un proceso de diálogo social con la asistencia técnica de la OIT y la participación de los actores sociales, ha puesto un paréntesis en el seguimiento a Venezuela sobre el cumplimiento de las observaciones de la Comisión de Encuesta.

Así, en la última reunión del Consejo de administración, 344.a, celebrada en marzo de 2022 (GB-344/INS/14 (Rev.1) se decide:

1. Reiterar, con suma preocupación, su llamamiento al Gobierno para que acepte las recomendaciones de la comisión de encuesta;
2. Tomar nota de la instauración del foro de diálogo social;
3. Solicitar al Director General que siga colaborando con el Gobierno respecto de la plena aplicación de las recomendaciones de la comisión de encuesta y la aplicación efectiva de los Convenios números. 26, 87 y 144 en la legislación y en la práctica, y
4. Solicitar al Director General que le presente en su 345.a reunión (junio de 2022) un informe sobre todo avance relativo a la puesta en marcha del foro de diálogo social a fin de dar efecto a las recomendaciones de la comisión de encuesta.

IV. Consideraciones jurisprudenciales: la sentencia N°170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 4 de julio de 2019

El 12 de diciembre de 2013, las principales centrales sindicales del país²¹, interpusieron una demanda por inconstitucionalidad con amparo cautelar y, subsidiariamente, una medida cautelar de suspensión de efectos, contra varios de los artículos del DLOTTT, alegando violaciones sistemáticas a la libertad sindical. El caso fue resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ), a través de la sentencia N°170, la cual fue publicada, finalmente, el 4 de junio de 2019, bajo la ponencia del Magistrado Fernando Damiani Bustillos. No obstante, en dicho fallo se rechazaron todas y cada una de las peticiones de los demandantes, ignorándose de esa manera, no solo los reclamos de los trabajadores, sino también las recomendaciones que habían sido formuladas en ese sentido, desde el CLS, la CEACR y la Comisión de la Conferencia.

Del texto de la sentencia No. 170 pueden extraerse las siguientes ideas clave que la fundamentan:

Desde una perspectiva histórico política, la Constitución se vincula igualmente con el principio de soberanía (...). De ello resulta pues, que cualquier interpretación que conlleve a afirmar una concepción de comunidad internacional que negase o anule, en su totalidad la soberanía, autonomía o integridad de la República, debe descartarse, por cuanto las relaciones internacionales de la República deben responder a los fines del Estado contenidos en el Texto Fundamental (...). En tal contexto (...) someter a las organizaciones sindicales a las limitaciones legales (...) no constituye una violación al orden constitucional, dado que las mismas deben desarrollar su actividad en el marco del ordenamiento jurídico, tal como lo señala la propia Constitución (...). Sería absurdo pretender que la libertad sindical constituya un derecho absoluto al margen o en contra del ordenamiento jurídico vigente, (...) y de allí que el ordenamiento jurídico pueda ajustar la referida libertad sindical. (...) Así, el Estado debe garantizar el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, pero al mismo tiempo se encuentra facultado para

²¹ Organizaciones sindicales demandantes: Alianza Sindical Independiente (ASI); Unión Nacional de Trabajadores (UNETE); Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV); Central General de Trabajadores (CGT); Confederación de Sindicatos Autónomos de Venezuela (CODESA); Frente Autónomo por la Defensa el Empleo, del salario y del sindicato (FADES); Corriente Clasista Unitaria Revolucionaria Autónoma (C-CURA); Movimiento de Sindicatos de Base (MOSBASE) y la Asociación Civil Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA).

normar dicha actividad, dado el interés general que resulta inmanente al sector sindical...²²

Con esta fundamentación la Sala Constitucional subordina el contenido de los Convenios Internacionales sobre la libertad sindical a la Constitución Nacional, aunque ésta establezca²³ que “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la Republica, 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 en esta Constitución y en las leyes de la Republica”.

Ahora bien, para lograr una mejor comprensión y síntesis del relevante fallo, en el presente texto fueron divididas las denuncias de los trabajadores, en dos grandes grupos o categorías: una primera, relacionada con las quejas relativas a la estatización de los sindicatos, como consecuencia de la intromisión del Estado en sus funciones y atribuciones; y otra en la que se agruparon denuncias relacionadas con la obstaculización del funcionamiento de tales organizaciones.

En ese sentido, en los próximos párrafos se analizarán, algunas de las denuncias más importantes y emblemáticas de aquella demanda por inconstitucionalidad, las respuestas de la SC-TSJ, y algunas de las recomendaciones más relevantes de los órganos de control de la OIT.

Se comienza así señalando que una de las violaciones más importantes al Convenio N°87, denunciadas en aquella oportunidad, fueron los artículos 365 y 367 del DLOTTT, a través de los cuales se estableció una larga lista de funciones atribuidas a los sindicatos, en las que se incluyeron, además, actividades que son ajenas e incompatibles con la libertad sindical. En efecto, en el artículo 365 del DLOTTT, se indican, como parte de las atribuciones de las organizaciones sindicales de trabajadores, la de proteger “al conjunto del pueblo”, “la independencia” y la “soberanía nacional”; mientras que en el artículo 367 se señala que forman parte de las tareas de los sindicatos: la de “contribuir en la producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo”; la de “ejercer control y vigilancia sobre los costos y las ganancias, para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo”;

²² Sentencia No. 170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de junio de 2019.

²³ Art. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

y la de “promover entre sus afiliados la responsabilidad con las comunidades y el medio ambiente”.

La misma situación se presentó en el artículo 368 del DLOTT, a través de cual se le impuso a las organizaciones sindicales de empleadores, por ejemplo, la función de “garantizar la producción y distribución de los bienes y servicios a precios justos conforme a la ley, para satisfacer las necesidades del pueblo, y promover el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país”.

En relación con ello, ha señalado el CLS, en otras ocasiones, que “una enumeración de las atribuciones y finalidades que deben tener obligatoriamente los sindicatos demasiado extensa y detallada puede en la práctica, frenar la creación y el desarrollo de las organizaciones”²⁴. Sin embargo, lo más grave en el caso venezolano, no fue solo que se haya establecido una larga lista de funciones sindicales, sino que se pusiere en cabeza de esas organizaciones actividades que le son propias a las autoridades públicas; porque de esa manera, además de desnaturalizar la misión fundamental de los sindicatos, se le subordinó a la autoridad del Estado.

Eso motivó a que la CEACR, en su informe del 2015, le solicitare al Gobierno de Venezuela tomar “las medidas necesarias para que, en consulta con las organizaciones de trabajadores y de empleadores representativas, revisase los artículos 367 y 368 del DLOTTT en el sentido indicado”²⁵, sin que el Gobierno haya cumplido hasta la fecha con tales recomendaciones. Por el contrario, en el fallo N^o170 se señala que “el conjunto de estas atribuciones y finalidades permiten reforzar la participación sindical en aquellas áreas que requieran -precisamente- la toma de decisión sobre asuntos públicos”²⁶ (subrayado nuestro). Acoge el fallo solo parcialmente las observaciones de los órganos de Control de la OIT, al señalar en lo que el máximo tribunal denomina una “interpre-

²⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta Edición (revisada) (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006), 85.

²⁵ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2015), 347 y 348. Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2015-104-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2015-104-1A).pdf).

²⁶ Sentencia No. 170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de junio de 2019.

tación constitucionalizante” que las atribuciones y/o finalidades de las organizaciones sindicales referidas a contribuir en la producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo; y a ejercer control y vigilancia sobre los costos y ganancias, para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo, contenidas en el DLOTTT²⁷, no conllevan a la abstención de la inscripción en el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales, ni a la disolución de una organización sindical.

Es así cómo, bajo el criterio jurisprudencial imperante ahora mismo en el país, los sindicatos, al igual a como ocurría en los tiempos del “Fuero del Trabajo” de la España franquista²⁸, son concebidos como unas “corporaciones de derecho público” o, dicho en palabras textuales de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (SE-TSJ): unas instituciones que “poseen una esencia cuasi-pública, ya que tales organizaciones representan el interés general de un amplio sector de la población -los trabajadores-, siendo, justamente, ésta última, la función que reviste especial trascendencia en el ámbito público y político, y que justifica la supervisión del Estado”²⁹.

En efecto, el propio fallo N°170 deja ver su talante en ese sentido, cuando señala que “los sindicatos como fórmulas asociativas destinadas a proteger la libertad sindical, representan un interés general que dimana de su vinculación con el trabajo como fenómeno social” (subrayado nuestro)³⁰.

Eso explica, entre otras cosas, por qué el artículo 417 del DLOTTT, en franca violación al Convenio N°87, establece que los integrantes de las directivas sindicales deben realizar una declaración jurada de bienes ante la Contraloría General de la República, como si se tratasen de funcionarios públicos.

Sin embargo, lo cierto es que, como señala el Profesor venezolano Humberto Villasmil Prieto, en un modelo democrático de relaciones laborales, “la asociación sindical es una organización de derecho privado que tiene por objeto

²⁷ Art. 367, numerales 2 y 3; Art. 387.1; Art. 426.5 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras.

²⁸ Fuero del Trabajo. Boletín Oficial del Estado N° 505, del 10 de marzo de 1938. Recuperado de: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1938/505/A06178-06181.pdf>.

²⁹ Sentencia No. 46 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 11 de marzo de 2002.

³⁰ Sentencia No. 170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de junio de 2019.

la tutela de intereses colectivos de grupos o de categorías, como tales diferenciales de los intereses generales o públicos”³¹.

De esa manera, los artículos 367 y 368 lo que hicieron fue invadir la esfera de la autonomía institucional de los sindicatos, pues son a esas organizaciones - y no a la ley- a quienes corresponde definir, a través de sus estatutos, cuáles deberían ser sus atribuciones y plan de acción, de conformidad con el Convenio N°87.

Otra de las infracciones denunciadas a propósito de la promulgación del DLOTTT, fue la creación de un “Registro Nacional de las Organizaciones Sindicales” (RNOS), previsto y regulado en los artículos 374 y 375 del DLOTTT, y a cuya inscripción debían proceder todas las organizaciones sindicales del país, incluyendo a las ya registradas según la Ley anterior, en un plazo muy breve de tiempo, que vencía el 31 de diciembre del año 2013. En efecto, así quedó establecido en la disposición transitoria cuarta del DLOTTT, a través de la cual, además, se les impuso a los sindicatos la obligación de adecuar sus estatutos a los requerimientos del artículo 384.

En relación con ello, las principales centrales sindicales del país denunciaron que un nuevo registro se podía convertir en un fuerte obstáculo para el funcionamiento de los sindicatos, sobre todo, para aquellas organizaciones que ya habían sido inscritas bajo la legislación anterior³². Adicionalmente, en los artículos 388 del DLOT, se les impuso a los sindicatos una larga lista de obligaciones frente a ese RNOS, así como un procedimiento que obstaculizaba el libre ejercicio de la actividad sindical, como el deber de presentar, por ejemplo, “la nómina completa de sus afiliados y afiliadas” cada año, en relación con lo cual, como se señaló anteriormente, en su Informe de 2016, la CEACR señala que “la afiliación sindical de los trabajadores no debe ser comunicada al empleador ni a las autoridades”.

Finalmente, el artículo 426 del DLOTTT estableció también como causa de disolución de las organizaciones sindicales: “La carencia de alguno de los requisitos señalados en esta Ley para su constitución”, lo que podía ser interpretado como que serían irremediabilmente aniquilados por la falta de simples

³¹ Humberto Villasmil Prieto, *Fundamentos de derecho sindical venezolano* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), 127.

³² Sentencia No. 170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de junio de 2019.

requisitos formales. No obstante, reiteramos la “interpretación constitucionalizante” antes señalada que permite el registro de la organización sindical no obstante la carencia del cumplimiento de las funciones que preven los numerales 2 y 3 del artículo 367 DLOTTT, así como impide su liquidación con base en dichos incumplimientos.

Asimismo, la mencionada sentencia No. 170 de la SC-TSJ, establece otra interpretación constitucionalizante de las disposiciones del DLOTTT³³, en materia de registro de las organizaciones sindicales, en el entendido que no negará el RNOS el registro de una organización sindical por estar incluida en la junta directiva provisional una persona que haya sido inhabilitada para la reelección por no haber rendido cuenta de la administración de fondos sindicales, debiendo el RNOS proceder al registro de la organización sindical con el resto de los integrantes de la junta directiva.

Ahora bien, sobre ese particular, cabe señalar que el CLS ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que “la exigencia del registro de las organizaciones sindicales para la adquisición de la personalidad jurídica constituye un simple control del cumplimiento de requisitos mínimos para el funcionamiento de las organizaciones”³⁴, mientras que “la dilación del procedimiento de registro supone un grave obstáculo a la constitución de organizaciones, y equivale a la denegación del derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sin autorización previa”³⁵.

No obstante, la SC-TSJ, haciendo caso omiso a las recomendaciones del CLS, señaló que estas normas “obedecen estrictamente al ánimo de salvaguardar los derechos e intereses de los afiliados, evitando las deficiencias que pudieran presentarse al momento de la introducción de las solicitudes de registro, asegurando así la defensa de los intereses de los trabajadores a quienes se pretende representar”³⁶.

³³ Art. 387.7 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras.

³⁴ Informe Provisional – Informe N°290, junio de 1993 del Comité de Libertad Sindical, Caso N° 1612 (República Bolivariana de Venezuela). Disponible en: <https://rb.gy/n5mja0>.

³⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Libertad sindical...*, 68

³⁶ Sentencia No. 170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de junio de 2019.

Por otro lado, entre las violaciones más graves a la libertad sindical, contenidas en el DLOTTT se encuentra la comprendida en el artículo 402, conocida en Venezuela como la “mora electoral” consistente en la inhabilitación de la junta directiva sindical de periodo vencido, para realizar actos que excedan de la simple administración, por lo que se les prohíbe la tramitación de convenciones colectivas o pliegos de peticiones conflictivos o conciliatorios. Como ya se señaló anteriormente, tanto el Informe de la CEACR de 2016³⁷, como el Informe de la CE³⁸, señalan la necesidad de eliminar de la legislación y la practica el principio de que la mora electoral inhabilita a las organizaciones sindicales para la negociación colectiva.

Por el contrario, en la interpretación de la Sala Constitucional,³⁹ el artículo 402 del DLOTTT “refuerza el derecho a la libertad sindical de que gozan todos los trabajadores y trabajadoras del país, al garantizar la democracia sindical y los derechos de los trabajadores en el marco del Estado de Derecho y de Justicia, conforme al ordenamiento constitucional vigente...”. Mas adelante señala en el mismo fallo No. 170, que tales restricciones lo que pretendían era evitar que los integrantes de una junta directiva vencida continuaren “indefinidamente en el ejercicio de sus respectivos cargos, sin convocar el proceso electoral correspondiente”

Así, esta figura de la mora electoral ha venido siendo defendida por los tribunales venezolanos, para promover, según el criterio jurisprudencial imperante, la democratización de las organizaciones sindicales, para así supuestamente garantizar el derecho al sufragio de los trabajadores y la alternabilidad prevista en los artículos 399 y 403 del DLOTTT.

³⁷ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016), 167 a 174. Disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2016-105-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2016-105-1A).pdf).

³⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Por la reconciliación nacional...*

³⁹ Sentencia No. 170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de junio de 2019.

V. *Inexistencia de una Institución tripartita de diálogo y concertación social: eliminación de la Comisión Tripartita para la fijación del salario mínimo y otros mecanismos de diálogo, por parte del DLOTTT, del año 2012. El Informe de la Comisión de Encuesta en esta materia*

No obstante haber Venezuela ratificado los Convenios Internacionales No. 26 (Sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos) y No.144 (Sobre la consulta tripartita, normas internacionales del trabajo) el dialogo social permanece suspendido en el país; los órganos de control de la OIT han manifestado, en reiteradas ocasiones, su preocupación por la falta de diálogo social en la Venezuela de los últimos años. Por ejemplo, la CEACR, en su informe del año 2011, esto es, apenas un año antes de la promulgación del DLOTTT, señaló lo siguiente:

(...) es esencial que, cuando se introduzca un proyecto de legislación que afecta la negociación colectiva o las condiciones de empleo, se proceda antes a consultas detalladas con las organizaciones independientes de trabajadores y de empleadores más representativas.⁴⁰

En relación con ello, en el caso N°2968 y a propósito de la queja presentada por la APUCV en 2012, la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) denunció precisamente haber quedado excluida de la «Comisión Presidencial para la Creación y Redacción de la nueva Ley Orgánica del Trabajo», convocada mediante el decreto N°8661 y publicado en la Gaceta Oficial N°39818, del 12 de diciembre de 2011. Y, en efecto, uno de los síntomas más notorios de la falta de diálogo en Venezuela, ha sido, precisamente, la promulgación de leyes laborales que no han sido consultadas con los principales actores empresariales y laborales del país. Por ejemplo, entre los años 2000 y 2015, se promulgaron un total de 215 decretos con rango, valor y fuerza de ley, varios de los cuales fueron de contenido laboral, como el DLOTTT de 2012, los decretos de Ley del Cestaticket Socialista (N°2.066)⁴¹ y de inamovilidad Laboral

⁴⁰ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011), 220, <https://rb.gy/gm6p27>.

⁴¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 40.773, del 23 de octubre de 2015.

(N°2.158)⁴², ambos de 2015, para mencionar apenas algunos de los más emblemáticos.

En ese sentido, cabe destacar que ninguno de estos instrumentos jurídicos contó con un proyecto previo sobre el cual se pudiera debatir, ni pasaron por la doble discusión parlamentaria prevista en la CRBV. Por el contrario, emanaron directamente del Ejecutivo Nacional, vía leyes habilitantes, a pesar del carácter excepcional que debieran tener este tipo de habilitaciones⁴³. Eso dio como resultado leyes que no fueron suficientemente debatidas con los gremios, las cámaras empresariales, los sindicatos, las universidades y los demás actores del mundo del trabajo.

En relación con ello, el CLS, a propósito de la queja interpuesta por la APUCV, antes referida, poco después de promulgado el DLOTTT, señaló lo siguiente:

A lo largo de los años en diferentes exámenes de quejas relativas a la República Bolivariana de Venezuela -el CLS- ha constatado el uso en muchos casos del mecanismo de una Ley Habilitante de la Asamblea Legislativa que ha permitido al Presidente de la República la promulgación de numerosos decretos y leyes que afectan a los intereses de las organizaciones de trabajadores y de empleadores sin que se produzca un debate parlamentario. En el presente caso, tras la Ley Habilitante, el Presidente de la República creó una comisión especial para la redacción de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras pero junto a diferentes representantes de autoridades del Estado sólo integró a un representante de una central de trabajadores (...) y un representante de una federación de empleadores cuando en el país existe una federación más representativa (FEDECAMARAS), de manera que en la Comisión en cuestión no participaron las organizaciones más representativas. El Comité deplora profundamente la situación descrita y espera firmemente que en el futuro se realicen consultas en profundidad con las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas sobre los proyectos de ley de carácter laboral o social que afecten a sus intereses y a los de sus miembros (...) y que sea la Asamblea Legislativa en el marco del debate parlamentario quien adopte las leyes laborales y sociales.

Otro indicador de la falta de diálogo social en el país ha sido la fuerte disminución que han sufrido las convenciones colectivas en los últimos años,

⁴² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 6.207 Extraordinario, del 28 de diciembre de 2015.

⁴³ Entre 1999 y 2013 se aprobaron un total de cuatro leyes habilitantes.

sobre todo, en el sector público. Así lo revelan, por ejemplo, los datos recolectados en la vigésimo octava edición del Informe Anual (enero - diciembre 2015), del Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA)⁴⁴. En efecto, en dicho informe, con base a la información obtenida de las memorias y cuentas del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo, se señala que de las 536 convenciones anuales que, en promedio, se firmaron entre 1995 y 2004, se pasó a 468 -promedio- entre 2005 y 2014; estatuaciones y expropiaciones. Estas cifras contrastan bastante, por ejemplo, con las 1.754 convenciones colectivas que se firmaron en 1976, durante el primer mandato del Presidente Carlos Andrés Pérez⁴⁵.

Finalmente, mención especial merece la falta de diálogo social que ha imperado en el país, al momento de fijarse los salarios mínimos. En efecto, en ninguno de los 19 ajustes decretados entre 1999 y abril-2012, se convocó a la Comisión Tripartita Nacional, prevista en el artículo 167 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997⁴⁶, a pesar de que dicha Ley estuvo vigente hasta mayo de 2012.

Por su parte, a partir del 2012, el DLOTTT derogó las disposiciones regulatorias de la Comisión Tripartita Salarial y las de las tarifas salariales fijadas bipartitamente por los sectores económicos, contenidas en la ley anterior, sin establecer otros métodos ni órganos estructurados de diálogo. En efecto, el referido Decreto-Ley⁴⁷, se limita a señalar que “previo estudio y mediante Decreto, el Ejecutivo Nacional fijará cada año el salario mínimo”.

En relación con ello, en el informe de la CE del año 2019, se indica que, desde 2014, el salario mínimo en Venezuela se ha incrementado en, al menos, 20 ocasiones, como consecuencia de la hiperinflación que sufre el país desde hace varios años. No obstante, y a pesar de ello, se reconoce también que, salvo

⁴⁴ “Informe Anual Enero - diciembre 2015” PROVEA, acceso el 25 de agosto de 2017, <https://rb.gy/vkqfnx>.

⁴⁵ Ministerio del Trabajo, *Memoria y Cuenta* (Caracas: Ministerio del Trabajo, 1976).

⁴⁶ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 5.152 Extraordinario, del 19 de junio de 1997.

⁴⁷ Artículo 129 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, Trabajadores y Trabajadoras.

la Central Estatal Bolivariana, ningún otro representante laboral y empresarial del país, ha participado en las discusiones del ajuste del salario mínimo⁴⁸.

VI. Conclusiones y Perspectivas

Durante los últimos 20 años se han multiplicado las quejas y reclamos en contra del Estado venezolano provenientes tanto de organizaciones de trabajadores y de empleadores, nacionales e internacionales, planteados por ante los órganos de control de la OIT, siendo las causas invocadas referidas a violaciones de la libertad sindical y sus contenidos esenciales: el derecho a la organización de sindicatos, la autonomía o autarquía sindical para la redacción de sus estatutos y formular su programa de acción y para la elección de sus representantes, el derecho a la participación en el dialogo social, han sido incumplidos, violentados; los incumplimientos a las normas internacionales por parte del Estado venezolano, se concretan por la promulgación de normas contrarias a las normas internacionales, así como por acciones u omisiones de los órganos públicos que vulneran el orden internacional, existiendo en la mayoría de los casos serios pronunciamientos por parte de los órganos de control de la OIT que hasta la fecha han sido incumplidos asimismo por el Estado venezolano.

La jurisprudencia venezolana se ha refugiado en el principio de la soberanía interna, a través del cual se entiende al Estado poseedor de un poder omnímodo, supremo e ilimitado, y no susceptible de la revisión o del cuestionamiento internacional. En efecto, en el fallo N°170, antes referido, la SC-TSJ sentó doctrina en ese sentido, cuando señaló que, en virtud de tal principio, “cualquier interpretación que conlleve a afirmar una concepción de la comunidad internacional que negase o anule en su totalidad la soberanía, autonomía o integridad de la República o se constituya en un elemento que niegue los fines contenidos en la Constitución, debe descartarse, por cuanto las relaciones internacionales de la República deben responder a los fines del Estado contenidos en el Texto Fundamental, en función de consolidar el ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo”⁴⁹ (Subrayado nuestro).

⁴⁸ Oficina Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2019). Disponible en: <https://rb.gy/9waxxj>.

⁴⁹ Sentencia No. 170 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 04 de junio de 2019.

Por esa razón, en jurisprudencia reiterada de esa Sala, se ha hecho especial énfasis en la necesidad de garantizar la “supremacía constitucional, la soberanía, la autodeterminación nacional y la tradición de la cultura como fuente de interpretación”⁵⁰, frente a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos universales y fundados en el derecho natural, los cuales, en la opinión de la SC-TSJ, “no son más que una opción por la interpretación globalizante y hegemonía del racionalismo individualista”⁵¹.

No obstante, lo cierto es que, contrario a lo señalado por la SC-TSJ, el Convenio N°87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, uno de los mayormente incumplidos por Venezuela, forma parte de los convenios fundamentales de la OIT, porque abarca temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo⁵². Por eso, en otros países con democracias ejemplares, la jurisprudencia ha reconocido que este convenio debe integrar el bloque de la constitucionalidad, en el sistema de sus fuentes jurídicas laborales⁵³.

Todo ello obviando el artículo 23 de la CRBV que señala, “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Estos incumplimientos reiterados por parte del Estado venezolano de los Convenios internacionales y de las recomendaciones de los órganos de control de OIT condujeron al nombramiento por parte del Consejo de Administración/OIT de una Comisión de Encuesta para Venezuela (CE) en marzo de 2018, la cual en su Informe de septiembre de 2019 hace recomendaciones concretas, de obligatorio cumplimiento y definitivamente firmes al no haber hecho uso Venezuela del recurso de apelación por ante la Corte Internacional de Justicia. Las recomendaciones van desde la instalación inmediata del dialogo social, se-

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ver la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998. Disponible en: <https://rb.gy/1mxa7f>.

⁵³ Ver por todas: Fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, de fecha 30 de diciembre de 2015.

gún las normas y con la asistencia de la OIT, su institucionalización, así como la eliminación de instituciones y figuras que injieren y controlan la vida de los sindicatos, tales como, la mora electoral y los consejos productivos de trabajadores, la reforma de las normas sobre registro y elecciones sindicales, de manera de garantizar la autonomía sindical, la no utilización de los procedimientos judiciales y el sometimiento a la justicia militar para coartar la libertad sindical, liberación de los dirigentes detenidos por el ejercicio de actividades sindicales legítimas, el cese de las persecuciones, estigmatizaciones y violencias en contra de personas y organizaciones, por el ejercicio de la actividad sindical y en general, la adopción de medidas para asegurar el estado de derecho, en particular la independencia con respecto al Poder Ejecutivo de los órganos de los demás poderes públicos.

El Gobierno venezolano, mediante comunicación de 10 de agosto de 2020, informó al Consejo de Administración de la OIT, su rechazo a las recomendaciones de la CE, por lo que, siendo estas de obligatorio cumplimiento, al haber quedado firmes como se dijo anteriormente, Venezuela estaría expuesta de acuerdo con la Constitución de la OIT (Art. 33), a la aplicación de las medidas que estime conveniente la Conferencia Internacional, a petición del Consejo de Administración, a objeto de lograr el respectivo cumplimiento.

Cabe señalar que existe el precedente de Myanmar (Birmania) país que fue objeto de sanciones “no morales” por la reiterada violación del Convenio N°29 sobre abolición del trabajo forzoso.

En nuestra opinión, solo la apertura de un dialogo amplio, inclusivo, participativo de todas las organizaciones de empleadores y trabajadores que deseen participar, con una agenda, estructura y normas de funcionamiento establecidos autónomamente, sin injerencias ajenas a la propia institución de dialogo social, podría enderezar el rumbo de las relaciones de trabajo venezolanas, aprovechando la coyuntura en pro del bienestar social, mutando la adversidad que nos reta en oportunidad de futuro.

La asesoría técnica de la OIT, ofrecida por ésta en el Informe de la CE y aceptada, al menos retórica y epistolarmente, por el gobierno, coadyuvaría en la superación de la larga crisis venezolana.

Análisis de una situación de reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela con base en las teorías de negociación desde las posiciones, intereses y valores de las partes^{NA}

Giancarlo Carrazza*

pp. 53-61

Invitado: 06 ago 2022

Sumario

I. Introducción | II. Contexto: situación de los reclamos contra la República | III. Análisis de una situación de reclamo | IV. Conclusiones

^{NA} Este ensayo fue preparado con ocasión a la clase de Negociación impartida por el Prof. Fernando Sanquínico dentro de la materia de Negociación y Liderazgo en el programa de post-grado de la Universidad Católica Andrés Bello (semestre abril-agosto 2022).

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2018).

Análisis de una situación de reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela con base en las teorías de negociación desde las posiciones, intereses y valores de las partes

Resumen: Se propone que todo proceso de reclamo contra la República deba partir de un análisis de las posiciones, intereses y valores de las partes como condición necesaria para su éxito.

Palabras claves: Negociación | Deuda soberana | Arbitraje internacional.

Analysis of a claim situation against the Bolivarian Republic of Venezuela on the basis of the theories of negotiating from the positions, interests, and principles of the parties

Abstract: It is posited that any claim against the Republic must start by analyzing the positions, interests, and principles of the parties as a condition for its success.

Keywords: Negotiation | Sovereign debt | International arbitration.

I. *Introducción*

No podemos imaginar algo más contrario al sentido común que iniciar una actividad destinada al fracaso. Ello sería el inevitable resultado de cualquier persona que decida iniciar el tortuoso camino de entablar un reclamo ante la República Bolivariana de Venezuela en 2022 sin pasar por un detenido análisis de las consideraciones que trataremos de sintetizar en este ensayo.

Surgida una situación que amerite un reclamo contra la República, es fácil afirmar que el actor involucrado pensará: ¿cuál es el curso a seguir ahora? O, ¿cuáles son las probabilidades de éxito de determinados cursos de acción? Y para ello probablemente recurrirá a asesores legales y financieros para tratar de determinar dicho curso de acción. Para ello, postulamos que las consideraciones que deban tomarse en cuenta y analizarse para determinar dicho curso de acción deben siempre estar influenciadas por las teorías principalmente formuladas por Fisher y Ury y que sin duda han servido de pilar para una importante corriente del pensamiento de la ciencia y el arte de negociar.

Las teorías a las que venimos haciendo referencia son las de negociar a partir de los intereses, y no las posiciones de las partes, y de entender los principios que guíen a las partes en una negociación. Ello lo vemos plasmado en la siguiente afirmación hecha por los mencionados autores¹:

“The basic problem in a negotiation lies *not in conflicting positions*, but in the conflict between each side’s needs, desires, concerns, and fears.” (*énfasis añadido*)

Y la evolución del pensamiento de la negociación gracias a dichas teorías se evidencia con claridad en un texto más reciente de Siedel²:

“Traditionally, negotiation was viewed as a *position-based activity*. For example, you and I are fighting over a gourmet anchovy pizza. My position is that I should get the pizza; your position is that the pizza belongs to you. A friend of ours suggests that I should cut the pizza in half and that you should be able to select the half that you want. Is this a good result?”

Over the years I have worked with many business leaders and consultants specializing in negotiation who initially think that this would be a win-win compro-

¹ Roger Fisher y William Ury, *Getting to yes: Negotiating agreement without giving in*. Ed. Por Bruce Patton (New York: Penguin Books, 2011), 61.

² George Siedel, *Negotiating for Success: Essential Strategies and Skills* (Ann Arbor: Van Rye Publishing, 2014), 13.

mise because it seems to be a fair result that satisfies both sides. While true in many situations, it might also be possible to improve the result for both you and me by moving beyond our positions to explore our underlying interests. *This is an approach advocated in the classic book on negotiation, Getting to Yes, which was originally published in 1981.*

For instance, if our friend asked me about my interests—why I want the pizza—I would explain that I hate anchovies but want the crust. Leftover gourmet pizza crusts can be converted into crumbs that are a great addition to vegetable dishes. If she asked why you want the pizza, you might reply that you love anchovy pizza but never eat the crust.

By going beyond positions and identifying underlying interests, we have reached an agreement that benefits each of us without harming the other. When compared with our original solution (cutting the pizza in half), I have doubled the crust I want and you have doubled the anchovy pizza you desire.” (*énfasis añadido*)

Para delimitar la metodología que seguiremos en el presente ensayo, queremos aclarar que cuando nos referimos a:

1. Un reclamo, nos referimos a (1) uno de tipo patrimonial derivado de actuaciones u omisiones de la República; por tanto, excluimos de nuestro análisis reclamos de violaciones a derechos humanos (aunque podría encajar dentro de nuestras consideraciones la parte pecuniaria o indemnizatoria de dichos reclamos, de haberlos y de ser posible analizarlos de forma completamente aislada del reclamo principal -lo cual vemos difícil) o similares, y (2) a su vez, no tomando en consideración a si dicho reclamo se presenta ante una autoridad judicial o arbitral o si se limita a hacerle llegar a la República la existencia de un reclamo, con miras a negociar o no. Porque en definitiva, no queremos que el concepto de reclamo se vea como uno legal sino como uno fáctico: un parte considera que la República actuó contrario a sus intereses y que puede hacer valer esas consideraciones, independientemente de sus posibilidades de éxito. Y los medios legales serán una herramienta más que las partes tendrán a su disposición y que influenciará el análisis de las probabilidades de éxito de un reclamo.
2. La República Bolivariana de Venezuela, lo estamos haciendo de una forma amplia para incluir también a las entidades públicas con una participación directa o indirecta mayoritaria de la República (e.g., empresas mixtas, institutos autónomos).

El ensayo pretende plasmar el análisis que debería hacerse al momento de surgir una causa de reclamo contra la República: tanto del lado de la persona que pueda tener causa para reclamar, como del lado de la República. Porque, en definitiva, como explicaremos a lo largo del ensayo, serán las posiciones, intereses y valores de dichas partes las que definirán el curso de acción a seguir surgida una causa de reclamo.

II. Contexto: situación de los reclamos contra la República

Es difícil afirmar que haya podido existir un tiempo más complicado que este para tener un reclamo contra la República. Dichas complejidades pueden evidenciarse en la siguiente afirmación³:

“Venezuela faces the greatest financial crisis of its history. Aggregate claims against the state-owned oil company Petróleos de Venezuela, SA (PdVSA) and other government-owned entities have been estimated at as much as US\$175 billion, excluding accrued and unpaid interest. This figure includes foreign external financial indebtedness such as unsecured bonds issued by the Republic and PdVSA, secured bonds issued by PdVSA, promissory notes issued by PdVSA to suppliers, loans owed to multilateral lenders (e.g., CAF and Interamerican Development Bank), debt owed to bilateral lenders such as China Development Bank and Japan Bank for International Cooperation, and trade debt due to suppliers and contractors. The aforesaid amount also includes claims arising from international arbitration awards rendered against the Republic and PdVSA.

Given the current size of Venezuela’s economy, *aggregate claims against the country are equivalent to several multiples of its gross domestic product (GDP).*” (*énfasis añadido*)

Además de las complejidades derivadas del mismo monto de la deuda, existen complejidades adicionales debido al reconocimiento del gobierno interino de Juan Guaidó como la autoridad legítima de la República por distintos países, con la consecuente autorización a los representantes de dicho gobierno interino de representar los intereses legales de la República en las instancias judiciales de países como los Estados Unidos y el Reino Unido. Dichas complejidades pueden evidenciarse en las narraciones sobre el tema que publicó recientemente quien actuó como procurador especial del gobierno de Juan

³ Fulvio Italiani, Carlos Omaña y Roland Pettersson, “Refinancing Venezuela's Debt: Local Legal and Policy Issues,” en *The Guide to Restructuring*, ed. por Joy K Gallup y Michael L Fitzgerald, (Londres: Latin Lawyer, 2021), 103.

Guidó⁴. De manera interesante, destacamos que dicho reconocimiento no ha sido uniforme en el caso de tribunales de arbitraje internacional, en los que en muchos casos se ha negado la representación al gobierno interino o se ha permitido que los dos gobiernos representen a la República en el procedimiento⁵.

Otro elemento que influncia las reglas que rijan una negociación de este tipo será, sin dudas, el efecto del programa de sanciones relativas a Venezuela implementado por los Estados Unidos y la incertidumbre que existe actualmente sobre la evolución de dicho programa en el corto y mediano plazo.

III. *Análisis de una situación de reclamo*

Es en ese contexto que podemos comenzar a analizar una situación de reclamo con base en las teorías de negociación con base en las posiciones, intereses y valores de las partes.

Por supuesto, debemos comenzar con aclarar que no todo el que se enfrente a una situación que pueda dar lugar a un reclamo contra la República estará en una situación similar o con las mismas probabilidades de éxito. Por ejemplo, el solo hecho de existir una cláusula arbitral en el contrato que regule la relación de las partes hace una diferencia importante es las probabilidades de éxito en un reclamo de este tipo.

Tener que someter el reclamo a los tribunales venezolanos ha sido marcadamente infructuoso en los últimos años. Las conclusiones de los autores venezolanos Canova, Herrera Orellana, Rodríguez Ortega y Graterol Stefanelli en su investigación empírica sobre los resultados de demandar a la República ante tribunales venezolanos demuestran con abundancia tal situación⁶:

“En las demandas patrimoniales, de un total de 363 sentencias dictadas por la [Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia] entre 2005 y 2013, solo siete (7) (1,92%) sentencias declararon con lugar la demanda, aunque ninguna de ellas contiene un restablecimiento pleno, que abarque daños materiales emergentes y lucro cesante, daños morales, intereses moratorios e indexación.”

⁴ José Ignacio, Hernández, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2022).

⁵ Para un recuento de la situación en tribunales de arbitraje internacional de inversión, ver: Héctor Fernández, “Representation of Venezuela in Investment Arbitration”, *Kluwer Arbitration Blog*, 16 de enero de 2021, <https://rb.gy/audrsv>.

⁶ Antonio Canova, et al., *El TSJ al servicio de la Revolución* (Caracas: Editorial Galipán, 2014), 176.

Por tanto, un elemento que sin duda influenciará el proceso de análisis de ambas partes surgido un reclamo es la existencia de una cláusula arbitral (o un tratado de protección de inversiones) que la permita al reclamante recurrir a un medio en principio efectivo para lograr una eventual condena a la República. Podemos imaginar que un reclamante que concluya que solo puede acudir a los tribunales venezolanos imaginará que, si llegase a sentarse negociar con representantes de la República, muy probablemente sea descartado por no tener mayores probabilidades de éxito, salvo que existan otras consideraciones económicas o políticas que incidan en una decisión de la República de no destruir su relación con el reclamante.

Como afirmamos que cada reclamo puede ser considerablemente diferente por elementos como la existencia de una cláusula arbitral, también cada reclamante puede tener características que los diferencien unos a otros y que por tanto influyan en los intereses y valores que guíen su proceso de negociación. Por ejemplo, una persona natural que construyó una inversión a lo largo de los años y que dicha inversión representaba un porcentaje importante de sus activos totales estará en una situación muy diferente a una multinacional que probablemente manejaba como un escenario probable o altamente probable sufrir un perjuicio en su operación en Venezuela y que esta no era representativa a nivel global.

En el primer caso, perseguir el reclamo puede ser la última avenida disponible para recuperar una cantidad que puede ser representativa, mientras que en el segundo tal vez una decisión financiera en la compañía hace que no sea necesario continuar el reclamo. A la inversa, tal vez en el primer caso la consideración de los cuantiosos recursos que deban usarse para perseguir este reclamo por años sean un elemento disuasivo que lleven a la conclusión de que es un caso perdido, mientras que en el segundo, al no ser dichos recursos significativos puestos en contexto, tal vez el solo hecho de tener una decisión favorable que le dé la razón a la multinacional pueda ser motivación suficiente para adentrarse en el largo camino de hacer valer la reclamación.

Todo lo anterior influirá considerablemente en los intereses y valores de la parte reclamante (mas no en las posiciones, que en principio deberían ser las mismas: recibir una compensación adecuada por la causa que dio origen al reclamo). No tener en cuenta estas variaciones de intereses y valores y tratar a todas las partes reclamantes de la misma forma asegura el fracaso en el entendimiento de un proceso de negociación con un actor de este tipo.

Cabe destacar que los intereses y valores de la República han cambiado drásticamente en los últimos años. Antes de la entrada en default de la República, podría afirmarse que existía un interés en no incumplir deudas para evitar los efectos de un cross-default y que, en principio, tal vez la República quería mantener la percepción de que honraba sus compromisos para evitar el mayor encarecimiento de su deuda externa. Llegado el default generalizado y cerrado sustancialmente el acceso por parte de la República a los mercados de deuda externa, dichas consideraciones sin duda han cambiado, y hoy sería difícil afirmar que pueda existir una presión similar para los representantes de la República de que la deuda externa siga aumentando o que un compromiso sea incumplido, mientras se mantengan las condiciones actuales.

Ello debe ser particularmente tomado en cuenta por una parte reclamante, que hace unos años podía pensar que la sola amenaza de iniciar un reclamo podía ponerlo en una posición de ventaja comparativa en el éxito de su negociación. Al día de hoy tal ventaja es de difícil apreciación.

De igual forma, si bien al principio aclaramos que cuando nos referíamos a la República lo hacíamos de forma amplia para incluir a los entes en los cuales la República tuviera una participación mayoritaria o decisiva, lo cierto es que ahora cabe hacer una distinción entre dichos entes debido a la influencia que tendrá en sus intereses y valores. Si un instituto autónomo que celebró distintos contratos comerciales y hoy adeuda cientos de millones de dólares se ve enfrentado a una situación de reclamo, muy probablemente no le dará prioridad a dicho reclamo porque muy probablemente no tenga activos fuera de Venezuela (a diferencia de la República) y ejecutar una decisión en su contra en Venezuela sea altamente improbable conforme a las conclusiones de Canova, Herrera Orellana, Rodríguez Ortega y Graterol Stefanelli anteriormente mencionadas. Lo anterior se difumina en el caso de PDVSA debido a las consideraciones de tribunales estadounidenses de considerarla como un alter ego de la República⁷.

Por tanto, cada reclamo será considerablemente diferente a otro. Queda en cada actor analizar las particularidades de cada situación y no caer en la conveniencia de agrupar reclamos bajo una misma óptica.

⁷ Para un análisis de dichas implicaciones, ver: Richard J. Cooper et al., "Implications of Third Circuit Decision Affirming PDVSA is Alter Ego of Venezuela," *AIRA Journal* 32, No. 4 (2020): 6.

IV. Conclusiones

El profesor venezolano Andrés Mezgravis hace la siguiente afirmación que consideramos relevante para iniciar esta sección⁸:

“Es importante tener presente que la negociación no es un fin, sino un medio para alcanzar un fin determinado. De allí, que si a través de otro mecanismo o alternativa podemos satisfacer mejor nuestros intereses, entonces, no deberíamos aceptar cualquier acuerdo, sino sólo aquellos que resulten mejores que esa mejor alternativa.”

Como se expuso en el ensayo, una situación de reclamo contra la República puede estar plagada de dificultades no enfrentadas anteriormente. A su vez, cada actor tendrá considerablemente distintos intereses y valores a la hora de negociar, y la misma República habrá modificado sus propios intereses y valores en los últimos años.

Todo lo anterior obliga a cualquier involucrado en un proceso de negociación a este tipo a pensar en soluciones creativas que atiendan a los intereses y valores de las partes y que trasciendan del tradicional modelo de “tengo una reclamación, demando y cobro lo adeudado.” Dichas soluciones creativas podrán ser obtenidas a través de la mayor cantidad de herramientas disponibles, no limitadas a la negociación, pero sin duda con presencia importante de ella (ya que, como afirma el profesor Mezgravis, esta debe ser un medio y no un fin en sí mismo).

⁸ Andrés A. Mezgravis, “Negociación: Herramienta Básica para el Abogado del Siglo XXI,” *Derecho y Sociedad: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* 9 (2010): 27.

La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): ¿Una experiencia replicable en Venezuela?

Diego Tomás Castagnino*

pp. 63-86

Invitado: 05 ago 2022

Sumario

I. Introducción | II. Contexto pre-CICIG | III. Naturaleza jurídica de la CICIG | IV. Características de la CICIG | V. Objetivo y facultades de la CICIG | VI. Estructura organizativa, sustento financiero y duración de la CICIG | VII. Críticas y legado | VIII. ¿Un mecanismo similar a la CICIG funcionaría en Venezuela? | IX. Conclusiones

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): ¿Una experiencia replicable en Venezuela?

Resumen: Entre 2007 y 2019, estuvo vigente en Guatemala un acuerdo con las Naciones Unidas que creó la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), y que fue un mecanismo de cooperación internacional innovador y único, establecido para combatir la impunidad estructural del país. En el presente trabajo se explicará la naturaleza jurídica de la CICIG, su alcance, características, legados, y críticas, con la finalidad de analizar si dicho mecanismo podría ser considerado como una experiencia viable para replicar en Venezuela.

Palabras claves: CICIG | Impunidad | Corrupción.

The International Commission against Impunity in Guatemala (CICIG): A replicable experience in Venezuela?

Abstract: Between 2007 and 2019, an agreement with the United Nations was in force in Guatemala to create the International Commission against Impunity in Guatemala (CICIG), which was an innovative and unique international cooperation mechanism established to combat structural impunity in the country. In this paper the legal nature of the CICIG, its scope, characteristics, legacies, and criticisms, will be explained, in order to analyze whether said mechanism could be considered a viable experience to replicate in Venezuela.

Keywords: CICIG | Impunity | Corruption.

I. Introducción

La mayoría de los países de Latinoamérica se han caracterizado por ser percibidos como altamente corruptos, Guatemala y Venezuela no escapan de esta terrible realidad. Así lo demuestra el índice que mide la percepción de corrupción que Transparencia Internacional publica anualmente. De acuerdo con el índice correspondiente al año 2021, Guatemala¹ ocupa el puesto 150 de 180², con un puntaje de 25/100³, y Venezuela⁴ ocupa el puesto 177 de 180 con un puntaje de 14/100.

Empíricamente, se puede demostrar que los países que tienen altas tasas de corrupción (o altos niveles de percepción de corrupción) también tienen un registro pobre de protección de los derechos humanos⁵, por lo cual, es posible afirmar que existe una estrecha relación entre corrupción, impunidad y violación de los derechos humanos⁶.

Sin embargo, el autor Claudio Nash aclara que la corrupción se puede manifestar de distintas maneras y tener efectos de diverso orden, por ejemplo: sobornos, malversación de fondos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, etc., pero, no todos constituyen violaciones de los derechos humanos. Si bien en todos los casos de corrupción hay afectación al sistema democrático y al Estado de Derecho, es en algunos en los que llegan a tener dimensiones agravadas que sugieren una respuesta diferenciada, ya que no en todos hay víctimas directas de esa afectación⁷.

Lo cierto es que cuando no se toman medidas para combatir la corrupción se va configurando un contexto de impunidad que fomenta la repetición

¹ “Corruption Perceptions Index”, Transparency International, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/prfuyh>.

² Más cerca de 180 es percibido como altamente corrupto

³ Más cerca de 0 es altamente corrupto

⁴ Corruption Perceptions Index” ...

⁵ Anne Peters, “Corrupción y derechos humanos” en *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, ed. por Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 24

⁶ Carlos Tablante, “Impacto de la corrupción en Venezuela” en *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, ed. por Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 176

⁷ Claudio Nash, “Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias” en *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos* (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 15

de los actos ilícitos⁸. De esta manera, surge el vínculo entre derechos humanos y la lucha contra la corrupción, por cuanto la falta de investigación y sanción de las vulneraciones de derechos humanos genera impunidad y esta, a su vez, perpetúa los actos de corrupción⁹, impactando directamente el pleno ejercicio de los derechos humanos.

En este sentido, si bien un desafío de toda sociedad democrática es responder eficazmente frente a las violaciones de derechos humanos y frente a la corrupción para evitar escenarios de impunidad¹⁰, tanto en Venezuela como en Guatemala, la impunidad sigue siendo un flagelo que prevalece, y que, profundiza la crisis política, debilita la confianza en las instituciones públicas, viola los derechos humanos, y atenta contra la democracia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, un contexto de impunidad lleva muchas veces a un descrédito de la democracia, porque el valor de la justicia no es rescatado como el valor de un nuevo proceso social¹¹. La impunidad es un fenómeno que afecta a la comunidad nacional e internacional, tiene carácter multidimensional y multifactorial, e involucra a las fuerzas de seguridad pública y a la justicia¹². Para Brewer-Carías la depravación del Poder Judicial es la mayor de todas las corrupciones políticas, pues termina garantizando la impunidad¹³. Ante dicho panorama, no es de extrañar que otro elemento común entre Guatemala y Venezuela ha sido la desconfianza de la población en las instituciones públicas¹⁴.

De acuerdo con el informe titulado “Fomento de la impunidad: el impacto del fracaso de la Fiscal de la Corte Penal Internacional en abrir una inves-

⁸ Claudio Nash, “Corrupción, democracia...”, 33

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/17 - Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción, 12 de septiembre de 2017, <https://rb.gy/ouwjix>.

¹⁰ Claudio Nash, “Corrupción, democracia...”, 47

¹¹ Asdrúbal Aguiar, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la democracia 1987-2012* (Buenos Aires / Caracas: Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012), 117. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/30537.pdf>.

¹² Alexander Salinas Rivera y Wilder Tayler, *Venezuela: The Sunset of Rule of Law – ICJ Mission Report 2015* (Geneva: International Commission of Jurists, 2015) <https://rb.gy/iewhbm>.

¹³ Allan R. Brewer-Carías, “Corrupción y transparencia” (XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 23 de mayo de 2019), 8, <https://rb.gy/lpa03s>.

¹⁴ Carlos Manoel Álvarez, “Institucionalidad pública no inspira confianza en la población”, *Prensa Libre*, 05 de abril de 2019, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/egiht6>

tigación sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela”¹⁵, publicado el 2 de diciembre de 2020, y preparado por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, y el Asesor Especial sobre la Responsabilidad de Proteger de la OEA, Jared Genser, en Venezuela se han identificado:

1. 18.093 ejecuciones extrajudiciales realizadas por fuerzas de seguridad del Estado o colectivos desde 2014.
2. 15.501 casos de detención arbitraria u otras instancias de privación severa de libertad desde 2014.
3. Decenas de millones de personas han sufrido o han sido objeto de lesiones graves debido a la crisis humanitaria.
4. 724 casos de desaparición forzada en 2018 y 2019.
5. 653 casos documentados de tortura desde 2014.
6. La violación y la violencia sexual han sido convertidas en armas por el régimen, incluso como método de tortura.

Así mismo, señala dicho informe de la OEA que las instituciones gubernamentales, incluidas las fuerzas de seguridad y el Poder Judicial, han sido utilizadas como armas contra sus ciudadanos, y que, para el pueblo de Venezuela, el Estado de Derecho en el país ya no existe, por lo que, para los miembros del régimen, el Estado los faculta para operar con total impunidad.

Por otro lado, el informe preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del 12 de febrero de 2018, titulado: “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, destaca el serio deterioro de la vigencia de los derechos humanos, y la grave crisis política, económica y social que atraviesa el país en los últimos dos años y en especial en el 2017¹⁶.

¹⁵ Luis Almagro y Jared Genser, *Fomento de la impunidad: el impacto del fracaso de la Fiscal de la Corte Penal Internacional en abrir una investigación sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela* (Washington D.C.: Organización de Estados Americanos, 2020), <http://www.oas.org/documents/spa/press/Crimes-Against-Humanity-II-in-Venezuela-SPA.pdf>.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela* (Washington D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017), <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>.

De tal manera que, en Venezuela son múltiples las denuncias de violaciones a los derechos humanos, y la impunidad pareciera ser la regla en un sistema de justicia en el que no hay confianza.

A diferencia de lo ocurrido en Venezuela en donde el conflicto no ha sido armado, en Guatemala se vivió una guerra interna entre 1960 y 1996, la cual llegó a su final gracias a un proceso de paz que tuvo como resultado la adopción de 12 acuerdos en 14 años, cuya negociación se llevó a cabo en países como México, España, Noruega y Suecia, entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), con la participación de las Naciones Unidas como mediador, y que culminó con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, el 29 de diciembre de 1996¹⁷.

Contrariamente a lo que se podría pensar, los acuerdos de paz en Guatemala no resultaron en una disminución de la violencia, sino que conllevaron a un aumento significativo de la misma, que desembocó en la implementación de un modelo único de cooperación internacional, gracias a un acuerdo con las Naciones Unidas. Tal modelo fue conocido como la “Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)”, y fue creado con el objetivo de acabar con la impunidad, desarticular los cuerpos de seguridad ilegales y aparatos clandestinos, fortalecer el Estado de derecho y proteger los derechos humanos.

La CICIG operó del 2007 al 2019, fue un mecanismo elogiado y apoyado por la comunidad internacional, que contó con el respaldo de las fuerzas políticas locales y de la sociedad civil. Pero ¿por qué funcionó hasta el 2019?, acaso, ¿alcanzó sus objetivos? En el presente trabajo se pretende responder a tales interrogantes, y a explicar la naturaleza jurídica de la CICIG, su alcance, características, legados, y críticas, con la finalidad de analizar si dicho mecanismo sería una experiencia viable para replicar en Venezuela.

II. Contexto pre-CICIG

Resulta indispensable explicar brevemente el contexto político y social imperante en Guatemala antes de que el Estado junto con las Naciones Unidas dieran nacimiento a la CICIG, y el punto de partida necesariamente debe ser la

¹⁷ Elisenda Calvet Martínez, “La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG): dilemas tras 12 años de actuación”, *Documentos de Trabajo. Fundación Carolina* 6 (2019): 3. Disponible en: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/06/DT_FC_06.pdf.

firma de los acuerdos de paz que puso fin al conflicto armado en el país. Dichos acuerdos han sido calificados como los más progresistas de su clase¹⁸, porque fueron alcanzados mediante un verdadero pacto negociado, en el que no hubo una imposición de los vencedores sobre los vencidos¹⁹.

Uno de los acuerdos de paz más relevantes fue el Acuerdo Global sobre derechos humanos, adoptado en México, D.F., el 29 de marzo de 1994, en el que las partes reafirmaron su compromiso con los derechos humanos y acordaron establecer medidas de fortalecimiento de las instancias de protección de los derechos humanos, su voluntad de luchar contra la impunidad, dismantelar los cuerpos de seguridad ilegales y aparatos clandestinos, y la decisión de crear una misión de verificación global del cumplimiento del acuerdo, que dio nacimiento a la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala del respeto de los derechos humanos (MINUGUA)²⁰.

El mandato de MINUGUA consistió en la protección de los derechos humanos considerados “prioritarios” (derecho a la vida, a la integridad, a la libertad y seguridad personal, derecho al debido proceso, a la libertad de expresión, entre otros) a través de la recepción y verificación de denuncias individuales en todo el territorio y, en el desarrollo de programas de fortalecimiento de las instituciones del Estado encargadas de proteger los derechos humanos, tales como la Procuraduría de Derechos Humanos, el Poder Judicial, el Ministerio Público y las Fuerzas de Seguridad²¹.

La MINUGUA operó entre 1994 y 2004, fue un factor disuasorio de violaciones de derechos humanos, contribuyó a abrir espacios políticos y a disminuir el miedo en Guatemala. Debido a que al finalizar su mandato en 2004 la

¹⁸ J. T. Way, “Un futuro que se repite: violencia, regeneración y modernización en la historia contemporánea de Guatemala”, en *Guatemala: gobierno, gobernabilidad, poder local y recursos naturales*, dir. por Gema Sánchez Medero y Rubén Sánchez Medero (Valencia: Tirant Humanidades, 2016), 48, <https://rb.gy/etcco4>.

¹⁹ Susanne Jonas, “La democratización por medio de la paz: el difícil caso de Guatemala”, en *Guatemala: historia reciente (1954-1996)*, ed. por Carlos Ibarra Figueroa, et al., Tomo IV (Guatemala: FLACSO, 2013), 34, <https://rb.gy/ifravv>.

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 48/267, Misión de Verificación de los Derechos Humanos y del cumplimiento de los compromisos del Acuerdo global sobre derechos humanos en Guatemala (28 de septiembre de 1984).

²¹ Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, Informe Final. Asesoría en Derechos Humanos (15 de noviembre de 2004), <https://rb.gy/6pnppn>.

violencia y vulneración de los derechos humanos aumentaron nuevamente²², se decidió en 2005, abrir una Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Guatemala (OACNUDHG) para continuar con el desarrollo e implementación de políticas públicas eficaces para el respeto y protección de los derechos humanos a través de la asistencia técnica y observación internacional.

En paralelo, se emitieron dos informes de dos comisiones de la verdad: “Guatemala, nunca más”²³ y “Guatemala: memoria del silencio”²⁴, que dieron a conocer las atrocidades cometidas durante el conflicto armado, llegando a la conclusión de que el 93% de los casos fueron responsabilidad de agentes del Estado²⁵.

Contrariamente a lo que se podría pensar, los acuerdos de paz en Guatemala no resultaron en una disminución de la violencia, sino que conllevaron a un aumento significativo de la misma. Así, en 2006 la violencia homicida había aumentado un 120% respecto a 1999 con una tasa de 47 homicidios por cada 10.000 habitantes²⁶.

Sin embargo, el punto de inflexión llegó con el asesinato de tres diputados salvadoreños del Parlamento Centroamericano (Parlacén) junto con su chófer cuando iban de camino a la Ciudad de Guatemala en febrero de 2007. Los hechos fueron atribuidos a cuatro miembros de la Dirección de Investigaciones Criminales de la Policía Nacional Civil (PNC) y, luego de ser arrestados,

²² Nicole Short, *The International Politics of Post-Conflict Reconstruction in Guatemala* (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2007), 78.

²³ Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG), Informe Interdiocesano de la Recuperación de la Memoria Histórica emitido por la, (24 de abril de 1998).

²⁴ Emitido el 25 de febrero de 1999 por la Comisión de la Verdad, creada a partir del Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, adoptado en Oslo (Noruega) el 23 de junio de 1994.

²⁵ Comisión para el Esclarecimiento Histórico, *Guatemala: memoria del silencio* (Guatemala: Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, 1999), <https://rb.gy/qbgtgdg>.

²⁶ Programa de Seguridad Ciudadana y Prevención de la Violencia del PNUD Guatemala, *Informe estadístico de la violencia en Guatemala* (Guatemala, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007), 9, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6056.pdf>

fueron llevados a la prisión de máxima seguridad de El Boquerón, donde fueron asesinados por un comando armado de encapuchados que entró en la prisión²⁷.

El caso Parlacén puso en evidencia no solo la penetración de los cuerpos clandestinos en las instituciones del Estado guatemalteco sino también la conexión de estas estructuras con carteles extranjeros de tipo regional como el Cartel de Sinaloa o los Zetas de México mostrando, por lo tanto, un aparente fracaso de los acuerdos de paz del Triángulo del Norte (Guatemala, Honduras y El Salvador)²⁸.

Si bien con los acuerdos de paz se logró el fin del conflicto armado, no se logró desmontar las estructuras criminales, por el contrario, se transformaron para enriquecerse a costa del Estado y para generar impunidad, dichos grupos fueron denominados: Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CIACS).

Los CIACS fueron identificados como una amenaza a los derechos humanos durante la guerra civil, y nacieron como consecuencia de la participación de sectores de inteligencia del ejército en la administración del Estado guatemalteco. Los CIACS se fueron consolidando como intermediarios entre organizaciones criminales transnacionales y el Estado, corrompiendo profundamente a la administración pública²⁹.

De tal manera que, 10 años después de poner fin al conflicto armado interno, en Guatemala se mantenía un ambiente de grave impunidad y violencia, por lo que el gobierno se vio obligado a pedir ayuda a las Naciones Unidas para enfrentar la alta criminalidad.

En primer término, se propuso en 2004, la creación de la Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad (CI-CIACS), pero, fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad

²⁷ Néstor Galicia, “2007: confuso crimen en el Jocotillo”, *Prensa Libre* 19 de febrero de 2019, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/cs7the>.

²⁸ Ignacio García Azofeifa, “La Comisión contra la Impunidad en Guatemala. Tendencias hacia un derecho penal internacional híbrido en Centroamérica”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 132 (2013), 66, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15236/14533>.

²⁹ Arturo Matute. “La CICIG como oportunidad en Guatemala”, *International Crisis Group*, 07 de octubre de 2015, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/gocyo>.

al considerar que los amplios poderes conferidos a la Comisión vulneraban la Constitución.

Luego de años de negociaciones, finalmente se llegó a un acuerdo en 2006, con el que se dio nacimiento a la Comisión Internacional contra la Impunidad (CICIG), la cual operó en Guatemala entre 2007 y 2019.

III. Naturaleza jurídica de la CICIG

La CICIG surge en virtud del Compromiso IV del Acuerdo Global de Derechos Humanos de 22 de marzo de 1994, en el cual el gobierno de Guatemala se obligó a combatir los cuerpos ilegales de seguridad y los aparatos clandestinos de seguridad con el propósito de que estos ya no existan. Para el nacimiento de la CICIG se dieron los siguientes pasos:

1. Celebración del acuerdo político del 13 de marzo de 2003 y adendum entre el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala y el Procurador de los derechos humanos, sobre el establecimiento de una comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala.
2. Envío de la carta del 4 de abril de 2003 suscrita por el gobierno de Guatemala en la que se solicitó la asistencia a la Organización de Naciones Unidas para el establecimiento y funcionamiento de una Comisión Investigadora de estos grupos, con miras a coadyuvar en la investigación y desarticulación de los cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad.

Luego de un largo proceso de negociaciones, el 12 de diciembre de 2006, las Naciones Unidas y el gobierno guatemalteco firmaron el Acuerdo relativo a la creación de una comisión internacional contra la impunidad en Guatemala³⁰ (el Acuerdo), el cual, tras la Opinión Consultiva favorable de la Corte de Cons-

³⁰ Organización de Naciones Unidas y Gobierno de Guatemala, Acuerdo relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) (12 de diciembre de 2006), https://www.cicig.org/uploads/documents/mandato/cicig_acuerdo.pdf.

titucionalidad³¹ en mayo de 2007, fue ratificado posteriormente por el Congreso de la República³² el 01 de agosto de 2007.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Acuerdo, la CICIG contó con personalidad jurídica propia y capacidad legal para: celebrar contratos, adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles, iniciar procedimientos judiciales y cualquier otra acción autorizada por la legislación guatemalteca para la realización de sus actividades y el cumplimiento de sus objetivos. Inclusive, la CICIG contó con la facultad para concretar acuerdos con otros Estados y organizaciones internacionales en la medida en que puedan ser necesarios para la realización de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones.

IV. Características de la CICIG

La CICIG es un organismo de derechos humanos³³, que no es un órgano de las Naciones Unidas, pero que funcionó de conformidad con los términos del Acuerdo celebrado con el Gobierno de Guatemala³⁴.

Se trató de un mecanismo de cooperación innovador y único, establecido para combatir la impunidad estructural del país. De acuerdo con la autora Elisenda Calvet Martínez³⁵, no se trató de un tribunal híbrido ni de un tribunal penal internacional en sentido estricto, ya que, los tribunales penales “híbridos”, como las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (2004) o las Salas Africanas Extraordinarias en el Senegal (2012), se caracterizan porque no son enteramente internacionales ni tampoco son completamente nacionales, sino que combinan particularidades de ambos regímenes, y vienen a llenar el vacío entre los tribunales completamente locales, que suelen estar debilitados o politizados como consecuencia de un conflicto armado, y los tribunales completa-

³¹ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Opinión Consultiva, 08 de mayo de 2007), https://issuu.com/ciciggt/docs/cc_opinion_consultiva

³² Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Guatemala, Instrumento de Ratificación del Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), suscrito en la Ciudad de Nueva York el 12 de diciembre de 2006 (10 de septiembre de 2007), <https://rb.gy/oz3b1o>

³³ Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, Informe de Cierre. El legado de Justicia en Guatemala, <https://rb.gy/b5krvn>.

³⁴ Organización de Naciones Unidas y Gobierno de Guatemala, Acuerdo relativo...

³⁵ Elisenda Calvet Martínez. “La Comisión Internacional contra...”, 9.

mente internacionales, que a menudo carecen de legitimación al desconocer el contexto local.

En cambio, para Hudson & Taylor, la CICIG califica como uno de varios tribunales mixtos o híbridos establecidos por la cooperación internacional para ayudar a que se haga justicia en países con instituciones débiles, en la mayoría de los casos producto de largos períodos de dictadura o de guerra civil. Al combinar jurisdicción nacional con apoyo internacional estos tribunales hacen posible que se haga justicia al tiempo que se contribuye a fortalecer la institucionalidad local³⁶.

Sin embargo, lo que caracterizó a la CICIG es que no fue creada para castigar violaciones de derechos humanos, sino para luchar contra el crimen organizado, por lo que, es posible afirmar que se trató de un mecanismo de cooperación internacional innovador y único.

Fue considerado un mecanismo híbrido porque mantuvo una composición internacional y nacional, a la vez que operó como una especie de fiscalía con poderes limitados, y que trabajó junto con las instituciones guatemaltecas, capacitando y empoderando al mismo tiempo al personal local a través del llamado efecto demostrativo³⁷.

La CICIG no fue un tribunal penal internacional al estilo de los Tribunales penales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda, creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que se establecieron fuera de los países en donde se cometieron los crímenes y aplicaron el Derecho Internacional Penal.

Por otra parte, Elisenda Calvet Martínez señala que, al no tener dentro de su mandato la persecución de las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado, a menudo se considera que la CICIG no es un “mecanismo de justicia transicional” propiamente dicho. Sin embargo, en medida en que parte de su mandato incluye “recomendar al Estado la adopción de políticas públicas para erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas

³⁶ Andrew Hudson y Alexandra W. Taylor, “The International Commission against Impunity in Guatemala. A New Model for International Criminal Justice Mechanisms”, en *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010): 53-74, <https://rb.gy/l8n8vn>.

³⁷ Andrew Hudson y Alexandra W. Taylor, “The International Commission against...

e institucionales necesarias para este fin”³⁸, puede considerarse que esta función de mirar hacia el futuro se encuadra perfectamente dentro del componente de “garantías de no repetición” de la justicia transicional.

Aunque la CICIG no es un mecanismo “típico” de justicia transicional, contribuye a la consecución de sus objetivos como la lucha contra la impunidad y en el fortalecimiento del Estado de derecho³⁹.

V. *Objetivos y facultades de la CICIG*

El mandato de la CICIG, según lo establecido en el Acuerdo, está compuesto de tres objetivos principales:

1. La CICIG deberá investigar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad que cometen delitos que afectan a los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos de Guatemala, e identificar las estructuras de estos grupos ilegales (incluyendo sus vínculos con funcionarios del Estado), actividades, modalidades de operación y fuentes de financiación.
2. La CICIG deberá colaborar con el Estado en la desarticulación de los aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad y promover la investigación, persecución penal y sanción de los delitos cometidos por sus integrantes.
3. La CICIG hará recomendaciones al Estado de Guatemala para la adopción de políticas públicas destinadas a erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad y prevenir su reaparición, incluyendo las reformas jurídicas e institucionales necesarias para este fin.

De conformidad con lo establecido en el Acuerdo, la CICIG está facultada para:

1. Asesorar técnicamente a los organismos estatales encargados de la investigación penal, particularmente al Ministerio Público.

³⁸ Organización de Naciones Unidas y Gobierno de Guatemala, Acuerdo relativo...

³⁹ Tony Nyberg, “International commission against impunity in Guatemala: a non-traditional transitional justice effort”, *Revue Québécoise de droit international, Quebec Journal of International Law* 28 (2015): 184, https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2015_num_28_1_2166.

2. Actuar como querellante adhesivo de conformidad con el Código Procesal Penal.
3. Hacer las denuncias administrativas contra los funcionarios públicos, en particular respecto de los que han cometido actos con el propósito de obstaculizar el cumplimiento del mandato de la CICIG.
4. Actuar como un tercero interesado en los procedimientos disciplinarios iniciados contra funcionarios públicos.
5. Garantizar la confidencialidad a las personas que colaboren en las investigaciones que se desarrollen, ya sea en calidad de testigos, peritos o colaboradores, así como promover su protección ante las autoridades correspondientes.

VI. *Estructura organizativa, sustento financiero y duración de la CICIG*

En un principio la duración de la CICIG se había fijado por dos años, pero su mandato fue prorrogado tres veces, por lo que estuvo vigente del 2007 al 2019. La CICIG estuvo compuesta por⁴⁰:

1. Un Comisionado, designado por el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, que debía ser jurista y poseer conocimiento y experiencia, entre otras cosas, en derechos humanos, derecho penal, derecho internacional, en investigación y combate a la impunidad. Se trata del responsable general de las actividades de la CICIG, representante de la CICIG ante el gobierno de Guatemala, ante otros Estados, así como, ante organizaciones locales e internacionales. El Comisionado debía informar periódicamente sobre sus actividades al Secretario General de las Naciones Unidas. Se le concedieron los privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades otorgados a los agentes diplomáticos de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961⁴¹.
2. Personal internacional y nacional, especializado en realización de investigaciones, expertos forenses y expertos en tecnología de la información, entre otros. Al personal internacional se les concedió los privilegios e inmunidades otorgados a los expertos en misiones de las

⁴⁰ Organización de Naciones Unidas y Gobierno de Guatemala, Acuerdo relativo..., artículo 5.

⁴¹ Organización de Naciones Unidas y Gobierno de Guatemala, Acuerdo relativo..., artículo 10.

Naciones Unidas de conformidad con el artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de las Naciones Unidas⁴². Este grupo de expertos generó grandes expectativas en la sociedad civil guatemalteca ya que aportarían experiencia y tecnología internacional que luego, con la salida de la CICIG, permanecería en el país.

3. Una Secretaría, a cargo de un funcionario internacional encargado de la administración general, bajo la autoridad del Comisionado.

El primer comisionado al frente de la CICIG fue el fiscal español Carlos Castresana (2007-2010), quien fuera fiscal del Tribunal Supremo de España, tuvo que poner en marcha el mecanismo, bajo su mandato la CICIG trabajó en casos emblemáticos buscando la máxima exposición mediática, para generar confianza en el país. Su retiro de la CICIG está ligado a la oposición pública que manifestó respecto al nombramiento de Conrado Reyes como Fiscal General por su récord de corrupción. En la misma conferencia en la que manifestó su opinión sobre dicho caso, hizo pública su carta de renuncia.

El segundo comisionado designado fue el costarricense Francisco Dall'allese (2010-2013), quien renunció a su cargo de Fiscal General de Costa Rica para asumir el liderazgo de la CICIG. A diferencia del mandato anterior, Dall'allese optó por mantener una gestión más discreta, y enfocada en lograr la depuración de los jueces corruptos y contribuir con el fortalecimiento institucional.

El tercero, y último, en ocupar el cargo de comisionado fue el colombiano Iván Velásquez, en la que se podría considerar la etapa de maduración y mayor impacto de la lucha contra la impunidad, sobre todo a partir del caso La Línea, que, en 2015, afectó al propio expresidente Otto Pérez Molina, quien, del palacio presidencial pasó directamente a prisión preventiva⁴³.

La CICIG se financió exclusivamente a través de contribuciones voluntarias de la Comunidad Internacional a un fondo administrado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Desde el nacimiento de la CICIG, 17 donantes contribuyeron con su funcionamiento: Estados Unidos (26.6%),

⁴² Organización de Naciones Unidas y Gobierno de Guatemala, Acuerdo relativo..., artículo 10.

⁴³ Martín Reischke, "Guatemala: la CICIG fracasó por su éxito contra la corrupción", *DW*, 03 de septiembre de 2019, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/hepfkx>.

Suecia (21,48%), Comunidad Europea (13,2%), Canadá (11,58%), Países Bajos (7,06%), España (6,3%), Noruega (3,6%), Italia (3,3%), Finlandia (2,8%), Dinamarca (1,15%), entre otros⁴⁴.

La comunidad internacional también contribuyó a la CICIG a través del despliegue temporal de personal especializado en seguridad e investigación criminal. Algunos países que prestaron este tipo de colaboración fueron: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Francia, Italia, España, Suecia, Suiza, Perú y Uruguay⁴⁵.

Durante sus primeros años de existencia, la CICIG se enfrentó a un ambiente adverso dado que sectores conservadores la percibían como una intromisión en la soberanía nacional. Sin embargo, avanzó en el diseño de importantes reformas legales que sentaron la base para su trabajo, incluyendo la ley contra la criminalidad organizada. A pesar de algunos importantes logros, la CICIG hacia 2013 enfrentaba una oposición cada vez más abierta por parte del gobierno, sumada al recelo de la sociedad civil, que cuestionaba la falta de resultados en el desmantelamiento de las redes criminales⁴⁶.

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Acuerdo, la duración de este fue de dos (2) años, prorrogables por acuerdo escrito entre las partes. Durante la existencia de la CICIG se acordaron cinco (5) prórrogas.

1. Primera prórroga: El 24 de marzo de 2009, el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala solicitó, por medio de una carta personal dirigida al Secretario General, la prórroga del mandato de la CICIG por otros dos años. La prórroga fue confirmada el 15 de abril de 2009 cuando el Secretario General Ban Ki-moon envió una respuesta personal al Ministro de Relaciones Exteriores, expresando el deseo de Naciones Unidas de que la Comisión continuara su importante labor de apoyo a las instituciones nacionales durante otros dos años.
2. Segunda prórroga: Siguiendo el procedimiento estipulado en el artículo 14 del Acuerdo sobre el establecimiento de la CICIG, el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala escribió al Secretario General el 23 de diciembre de 2010 proponiendo formalmente la

⁴⁴ Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, Boletín Informativo junio 2018, 11, <https://rb.gy/uylicj>.

⁴⁵ Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, Boletín Informativo ..., 11

⁴⁶ Arturo Matute. "La CICIG como oportunidad en Guatemala" ...

extensión del mandato. Por medio de una carta firmada el 13 de enero de 2011, el Secretario General de las Naciones Unidas confirmó que la carta del Ministro, así como su respuesta, constituían un acuerdo para la prórroga del mandato por un periodo adicional de dos años, a contar a partir del 4 de septiembre de 2011.

3. Tercera prórroga: Del 04 de septiembre de 2013 al 03 de septiembre de 2015.
4. Cuarta prórroga: Del 04 de septiembre de 2015 al 03 de septiembre de 2017.
5. Quinta prórroga: Del 04 de septiembre de 2017 al 03 de septiembre de 2019. Solicitada por el presidente Jimmy Morales a la ONU, el 16 de abril de 2016. Respuesta positiva del Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon con carta fechada el 24 de mayo 2016.

El domingo 31 de agosto de 2018, el presidente Jimmy Morales anunció, junto al ejército guatemalteco, la no renovación del mandato de la CICIG en septiembre de 2019 alegando que: “agoté todos los procesos diplomáticos y actué siempre de buena fe, pero no hemos visto esa buena fe por parte de la Organización de las Naciones Unidas” y, al considerar que “la justicia selectiva ha sido utilizada para intimidar y aterrorizar a la ciudadanía”, instó a la institución a hacer la trasferencia de capacidades antes de finalizar su mandato⁴⁷.

El anuncio sorprendió sobre todo por la forma, al comunicarse con el apoyo de los altos mandos del ejército y la policía, seguramente en un intento, por parte del presidente Morales, de mostrar su fuerza institucional ante los círculos anti-CICIG que estarían descontentos con él por no ponerle freno a la Comisión y no haber evitado, entre otras cosas, las investigaciones por financiación electoral ilícita⁴⁸.

Según el gobierno de Guatemala, la CICIG se habría extralimitado en sus funciones y violado la soberanía del país⁴⁹. La Unión Europea calificó la decisión como "retroceso en la consolidación del Estado de derecho". Por su

⁴⁷ Nancy Alvarez, “Presidente anuncia la no renovación de mandato de la CICIG”, *Publinews*, 31 de agosto de 2018, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/pbfeik>.

⁴⁸ Fundación Libertad y Desarrollo, “Escenarios sobre la no renovación de CICIG”, *Fundación Libertad y Desarrollo*, 5 de septiembre de 2018, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/dfyeko>.

⁴⁹ Resumen agencias AFP y EFE, “Guatemala anuncia el fin unilateral de misión anticorrupción de la ONU”, *El Tiempo*, 08 de enero de 2019, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/pq4tzy>.

parte, el Gobierno de Suecia afirmó que haría “todo lo posible” para que la CICIG continuara en el país centroamericano, por considerar que se trata de una institución “crucial en los esfuerzos para fortalecer el Estado de Derecho y la rendición de cuentas en Guatemala”⁵⁰. A pesar de los múltiples esfuerzos de la comunidad internacional, el mandato de la CICIG no fue prorrogado, así llegó a su final en 2019.

VII. *Críticas y legado*

Un sector de Guatemala tiene la opinión de que la CICIG fue una institución incómoda para las élites de poder que la percibieron como una injerencia en los asuntos internos del Estado y que pone en peligro su influencia en las instituciones. Si bien puede parecer que la CICIG atenta contra la soberanía estatal, tal y como destaca el Relator Especial sobre la independencia judicial, “en ciertos casos la soberanía nacional debe dar paso a mecanismos que generen con eficacia la confianza del público del país respecto de las instituciones públicas nacionales” siendo un precio menor por una paz a largo plazo⁵¹.

En la práctica el Poder Judicial recibe mucha presión de otros poderes públicos y de diversos sectores de la sociedad y, por tanto, perdura esa cultura de falta de respeto a la legalidad y, en última instancia de impunidad⁵². Al mismo tiempo, el éxito de la CICIG fue su propia perdición, ya que la élite política y económica conservadora guatemalteca vio su propia existencia amenazada desde el principio por las rigurosas investigaciones de la CICIG⁵³.

Algunos sectores consideran que se trató de un experimento osado (tercerizar parcialmente la procuración de justicia), pero el gobierno estaba dispuesto a ceder cierto terreno en vista de la frágil posición de la democracia

⁵⁰ Susana Patricia Noguera Montoya, “Aumentan críticas hacia Guatemala por pedir salida de la Cigig”, *AA*, 02 de septiembre de 2018, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/u8srgz>.

⁵¹ Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados sobre la misión a Guatemala en el 2000, 56° período de sesiones, 6 de enero de 2000, <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/param1.html>

⁵² Due Process of Law Foundation, *Ley vs. realidad. Independencia y transparencia de la justicia en Centroamérica y Panamá*, (Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso, 2013), 2, <https://rb.gy/vnuiaac>.

⁵³ Martín Reischke, “Guatemala: la CICIG...”

guatemalteca, la relativa debilidad de sus instituciones y la extensa corrupción en el país⁵⁴.

Al principio, en la opinión pública existía una posición casi unánime sobre la necesidad de esta intervención internacional en Guatemala. Los críticos del actuar de la comisión eran una minoría, y usualmente los cuestionamientos eran menospreciados. Se argumentaba que solamente quienes se veían afectados por la lucha contra la corrupción evaluaban negativamente el trabajo de la CICIG.

Sin embargo, con el pasar del tiempo ese consenso político y social se debilitó, y se fue incrementando las voces en Guatemala y en el extranjero, cuestionando algunas prácticas de la organización⁵⁵.

No obstante, la CICIG en su informe de cierre denominado: “El legado de justicia en Guatemala”⁵⁶, señaló los siguientes resultados de su gestión:

1. La CICIG fue una experiencia singular e innovadora que logró resultados inesperados, sobrepasando con creces las expectativas de quienes la idearon, ya que fue un experimento limitado a algunos casos emblemáticos, pero que, expandió su labor e impacto gracias al apoyo y compromiso decidido de fiscales, jueces, oficiales de gobierno y organizaciones de la sociedad civil que encontraron en ella un punto de apoyo y un paraguas para poder realizar su labor con independencia.
2. Se emprendieron reformas normativas que aprobó el Congreso; la formación de recurso humano en campos como la investigación y análisis criminal; la implementación de nuevos métodos de análisis y construcción de casos para develar complejas redes criminales y el fortalecimiento de las capacidades de litigio, entre otros.
3. Contribuyó con el aumento de la conciencia ciudadana sobre el significado del pacto social, la democracia y los deberes del Estado con respecto a sus ciudadanos.

⁵⁴ Elisabeth Malkin, “A qué se debe la disputa con la Cicig en Guatemala”, *The New York Times*, 10 de enero de 2019, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/yqvqti>.

⁵⁵ Jonatán Lemus, “¿Por qué fracasó la CICIG en Guatemala?”, *Centro de Estudios Económico-Sociales*, 28 de enero de 2019, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/jeydjm>.

⁵⁶ Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, Informe de Cierre...

4. Develó la profundidad de la penetración de las redes criminales y la captura del Estado, proveyendo de evidencia legal a la necesaria indignación ciudadana frente al saqueo de los recursos públicos.
5. Desde 2008 al 18 de julio de 2019, han sido sindicadas más de 1540 personas en los casos MP-CICIG. Como resultado de las investigaciones conjuntas, a julio de 2019, más de 660 personas están procesadas de las cuales aproximadamente el 70% goza de medidas sustitutivas.
6. Se investigaron e identificaron más de 70 estructuras criminales de alta complejidad. Más de 120 casos de alto impacto fueron judicializados y cerca de 100 solicitudes de antejuicio recibieron la colaboración de la CICIG. En estos casos están implicados sujetos con gran potencial de daño social vinculados a estructuras criminales complejas con importante poder económico, político, mediático o su combinación.
7. La tasa de eficiencia del trabajo conjunto entre la Fiscalía Especial Contra la Impunidad (FECI) y la CICIG, obtenida entre la presentación de imputaciones y la emisión de sentencias condenatorias, se acerca al 85%, lo cual supera ampliamente el promedio general de otras fiscalías nacionales.
8. Otro indicio de efectividad es el número de procedimientos abreviados, el cual evidencia la solidez de una investigación, así como la eficiencia en el litigio estratégico.

Sin dudas, quedó muchas tareas por hacerse, pero con la culminación del mandato de la CICIG, el Estado guatemalteco tendrá que demostrar la implementación de las buenas prácticas aprendidas durante la vigencia de la CICIG, y seguir ejerciendo acciones contundentes para combatir la impunidad.

VIII. ¿Un mecanismo similar a la CICIG funcionaría en Venezuela?

Para responder a la pregunta planteada es necesario señalar que el actual contexto político en Venezuela es retador y complejo, al punto que, en la comunidad internacional, hay países que reconocen a Nicolás Maduro como Presidente de la República, y países que reconocen a Juan Guaidó como Presidente Encargado de la República.

El contexto se complejiza aún más porque tampoco existe consenso a lo interno ni a lo externo, respecto a cuál es la Asamblea Nacional vigente⁵⁷, o quiénes son los Magistrados que componen el Tribunal Supremo de Justicia⁵⁸. De lo que no hay dudas es que Venezuela atraviesa una profunda crisis institucional que debilita cada vez más la democracia y el Estado de Derecho.

La crisis institucional se agudizó con las decisiones Nro. 155 y 156 del 17 y 28 de marzo de 2017, dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la cual se atribuyó a sí misma las funciones de la Asamblea Nacional y extendió los poderes del Presidente de la República Nicolás Maduro, lo cual fue calificado por la oposición venezolana como la ruptura del hilo constitucional.

La situación se agravó cuando el 1 de mayo de 2017, Maduro anunció la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, sin incluir la realización de un referéndum previo que legitimara la iniciativa, y se formó con 545 constituyentistas, a diferencia de la experiencia de 1999 que contó con 131⁵⁹, además, la elección de los mismos se realizó por sectores, dejando por lo tanto de lado el concepto del voto universal, establecido en la Constitución de 1999 como fundamento de los actos electorales en democracia.

La inconstitucional Asamblea Constituyente fue creada para operar de manera paralela a la Asamblea Nacional democráticamente elegida en 2015 para el período 2016-2021, y para usurparle funciones por el simple hecho de que el resultado electoral no le resultó favorable al oficialismo. Lo anterior se ratifica cuando el 18 de diciembre de 2020 la inconstitucional Constituyente cesó fun-

⁵⁷ Se discute si sigue vigente la Asamblea Nacional electa en 2015 dominada por los partidos de oposición o si tiene validez la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2020, en donde la mayoría de la oposición se abstuvo de participar.

⁵⁸ Los 33 magistrados juramentados el 21 de julio de 2007 por la Asamblea Nacional de Venezuela, han tenido que esconderse o escapar del país debido a las amenazas del gobierno de Nicolás Maduro, y desde entonces, han despachado desde el exilio. Dichos magistrados fueron nombrados para sustituir a otros tantos que habían sido designados por el Legislativo anterior en diciembre de 2015, que la oposición considera ilegítimos. Ángel Bermúdez, “No somos jueces de oposición, sino de Venezuela”: la inédita iniciativa de los magistrados que buscan crear un Tribunal Supremo paralelo en el exilio”, *BBC*, 04 de septiembre de 2017, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/ugkoxb>.

⁵⁹ Para mayor información respecto al proceso Constituyente de 2017, véase: Observatorio Global de Comunicación y Democracia, *Informe: Elecciones Asamblea Nacional Constituyente 2017* (Caracas: OGCD, 2017), <https://rb.gy/ctadtwt>.

ciones sin haber dictado una nueva Constitución, pero dejando como legado una serie de “leyes constitucionales”.

Otro hito importante en la crisis institucional fue la decisión⁶⁰ de la Asamblea Constituyente de adelantar el proceso electoral para la escogencia de la Presidencia de la República para el primer cuatrimestre de 2018⁶¹. Dicha decisión fue catalogada de inconstitucional, y la oposición no participó en tal proceso.

Han sido varios los intentos para poner fin al conflicto político venezolano, han transitado desde diálogos hasta negociaciones, con y sin, el apoyo de otros países y de organismos internacionales, pero siempre sin éxito. Sin embargo, ¿funcionaría en Venezuela un mecanismo como la CICIG?

Definitivamente la crisis institucional que atraviesa Venezuela no se va a solventar únicamente con un mecanismo similar al de la CICIG, porque la impunidad es solo un pequeño pedazo de un gran pastel, pero, desde el punto de vista teórico, podría ser una buena medida para transitar hacia un verdadero Estado de Derecho, contribuir con la lucha contra la corrupción y frenar la impunidad. No obstante, individualmente considerada sería absolutamente inviable, es decir, debería formar parte de un paquete de medidas, acuerdos y decisiones entre las fuerzas políticas del país, en aras de buscar el cese del conflicto, reestablecer el hilo democrático y buscar la paz de la nación.

Una instancia como la CICIG, que sea externa a los sectores políticos venezolanos, con experiencia y credibilidad, elegida por el Secretario General de las Naciones Unidas, podría ser una opción válida para Venezuela, pero para ello hace falta que exista voluntad, buena fe, colaboración y apertura.

Voluntad y buena fe, porque se necesita de un verdadero acuerdo entre las partes, quienes tienen más de 20 años en conflicto. Por ello, es indispensable

⁶⁰ De fecha 23 de enero de 2018.

⁶¹ “Desde la instauración de la democracia en 1958 las presidenciales en Venezuela siempre se han celebrado en diciembre. Con tres excepciones: los comicios de julio de 2000 para relegitimación de todos los poderes tras la aprobación de la nueva Constitución; en octubre de 2012, cuando Hugo Chávez buscó ser reelecto tras haber sufrido un cáncer; y en abril de 2013, para escoger al sucesor de Chávez tras su muerte en marzo de ese año”. Ángel Bermúdez, “Por qué el chavismo adelantó las presidenciales en Venezuela y en qué situación deja a la oposición”, *BBC*, 25 de enero de 2018, acceso el 01 de abril de 2018, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-42813150>

que todos se sensibilicen con la importancia del tema, si no tienen una verdadera intención de combatir la impunidad, será un nuevo intento fallido.

Colaboración y apertura, porque el Estado venezolano deberá permitir que el organismo realice las investigaciones que correspondan, sin distingos políticos, permitiéndole que pueda llevar a cabo las gestiones necesarias para llegar hasta los responsables de todo tipo de delitos, inclusive aquellos en los que se han violado los derechos humanos.

La implementación de un mecanismo como la CICIG en Venezuela contribuiría con el fortalecimiento de las instituciones y allanaría el camino para la resolución de otros problemas estructurales. Sin embargo, la principal barrera que podría presentarse es el discurso recurrente por parte del régimen de Maduro (línea argumentativa heredada de Chávez) de no permitir ni tolerar la injerencia extranjera en los asuntos nacionales. De hecho, hay varios ejemplos del uso de tal argumento: el retiro de Venezuela de: la OEA (2017), de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) (2006) y del Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) (2012), no permitir observadores internacionales confiables en los procesos electorales (del 2006 al 2021), entre otros.

De tal manera que, si bien desde el punto de vista teórico hay muchos elementos comunes entre los conflictos de Guatemala y Venezuela que justificarían la implementación en Venezuela de un mecanismo similar al de la CICIG, todo parece indicar que es poco probable que el gobierno de Maduro lo permita, y de permitirlo, debería ser parte de un conglomerado de acuerdos que cubra otros aspectos necesarios para el restablecimiento democrático y la recuperación de las instituciones.

IX. Conclusiones

1. Existe una estrecha relación entre corrupción, impunidad y violación de os derechos humanos.

2. Un contexto de impunidad lleva muchas veces a un descrédito de la democracia.

3. A diferencia de lo ocurrido en Venezuela en donde el conflicto no ha sido armado, en Guatemala se vivió una guerra interna entre 1960 y 1996, la cual llegó a su final gracias a un proceso de paz que tuvo como resultado la adopción de 12 acuerdos en 14 años.

4. Los acuerdos de paz en Guatemala no resultaron en una disminución de la violencia, sino que conllevaron un aumento significativo de la misma, que desembocó en la implementación de un modelo único de cooperación internacional, gracias a un acuerdo con las Naciones Unidas. Tal modelo fue conocido como la “Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)”.

5. La CICIG fue un mecanismo de cooperación internacional creado para combatir la impunidad estructural de Guatemala. Si bien, no es un mecanismo “típico” de justicia transicional, contribuye a la consecución de sus objetivos como la lucha contra la impunidad y en el fortalecimiento del Estado de derecho.

6. La CICIG fue una institución incómoda para las élites de poder que la percibieron como una injerencia en los asuntos internos del Estado y pone en peligro su influencia en las instituciones.

7. Al principio, en la opinión pública existía una posición casi unánime sobre la necesidad de esta intervención internacional en Guatemala, pero, con el pasar del tiempo ese consenso político y social se debilitó, y fueron más las voces en Guatemala y el extranjero, cuestionando algunas prácticas de la organización.

8. La crisis institucional que atraviesa Venezuela no se va a solventar únicamente con un mecanismo similar al de la CICIG, pero, desde el punto de vista teórico, podría ser una buena medida para transitar hacia un verdadero Estado de derecho, contribuir con la lucha contra la corrupción y frenar la impunidad. Debería formar parte de un paquete de medidas, acuerdos y decisiones entre las fuerzas políticas del país, en aras de buscar el cese del conflicto, reestablecer el hilo democrático y buscar la paz de la nación.

9. La implementación de un mecanismo como la CICIG en Venezuela contribuiría con el fortalecimiento de las instituciones y allanaría el camino para la resolución de otros problemas estructurales. Sin embargo, la principal barrera que podría presentarse es el discurso recurrente por parte del régimen de Maduro (línea argumentativa heredada de Chávez) de no permitir ni tolerar la injerencia extranjera en los asuntos nacionales.

10. Si bien desde el punto de vista teórico hay muchos elementos comunes entre los conflictos de Guatemala y Venezuela que justificarían la implementación en Venezuela de un mecanismo similar al de la CICIG, todo parece indicar que es poco probable que el gobierno de Maduro lo permita.

Instrumentalidad de las medidas cautelares aplicables al fraude procesal autónomo

Eddy Yafranci Ferrer Bravo*

pp. 87-113

Recibido: 26 abr 2022

Aceptado: 29 jul 2022

Sumario

I. Introducción | II. Generalidades del fraude procesal | III. La instrumentalidad inmediata de las medidas cautelares en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal | IV. Las medidas cautelares adoptables en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal en el derecho procesal civil venezolano | 1. Embargo preventivo de bienes muebles | 2. Secuestro de determinados bienes | 3. Prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles | 4. Medidas innominadas | 5. Medidas complementarias | VI. Conclusiones

* Abogado Summa Cum Laude egresado de La Universidad de Zulia. Licenciado en Ciencia Política y Administrativa, mención: Ciencia Política, egresado de la Universidad Rafael Urdaneta con Diplomado en Docencia para la Educación Superior de La Universidad del Zulia. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta.

Instrumentalidad de las medidas cautelares aplicables en el fraude procesal autónomo

Resumen: La presente investigación tiene como propósito analizar la instrumentalidad de las medidas cautelares adoptables en los procedimientos de fraude procesal tramitados por vía principal en el derecho procesal civil venezolano, mediante el análisis doctrinal, legal y jurisprudencial. Esta investigación es de tipo jurídico-descriptiva, con un diseño documental, utilizando como técnica de análisis la revisión de fuentes documentales; y, el plan de estudio de datos utilizado fue el de la hermenéutica jurídica.

En cuanto al resultado de la presente investigación, tenemos que, en los juicios de fraude procesal tramitados por vía principal, la medida cautelar que se puede adoptar en razón de su instrumentalidad es la medida innominada de suspensión de los efectos de la sentencia dictada, o de los procesos en curso, dependiendo del caso. Sin embargo, pueden adoptarse por vía de medidas complementarias, medida nominadas, a los fines de tutelar el objeto indirecto de la pretensión de fraude procesal.

Palabras claves: Fraude procesal | Juicio ordinario | Medidas cautelares | Instrumentalidad | Medidas complementarias.

Instrumentality of the precautionary measures applicable in autonomous procedural fraud

Abstract: The purpose of this research is to analyze the instrumentality of the precautionary measures adoptable in cases of procedural fraud in main proceedings in the Venezuelan civil procedural law, by means of doctrinal, legal, and jurisprudential analysis. This research is of a legal-descriptive type, with a documentary design, using as analysis technique the revision of documentary sources. The data study plan used was that of legal hermeneutics.

As for the result of the present research, we discovered that, in the trials of procedural fraud processed through the main channel, the precautionary measures that can be adopted due to their instrumentality is the unnamed measure of suspension of the effects of the sentence issued, or of the proceedings in progress, depending on the case. However, they can be adopted by way of complementary

measures, nominative measures, to protect the indirect object of the claim of procedural fraud.

Keywords: Procedural fraud | Ordinary trial | Precautionary measures | Instrumentality | Complementary measures.

I. Introducción

La conformación de la sociedad presupone necesariamente la coexistencia, y consecuentemente, la convergencia de una multiplicidad de individuos, los cuales son considerados como “personas”, desde el punto de vista jurídico, quienes son titulares de derechos y obligaciones. En este sentido, toda vez que distintos sujetos conviven, surgen entre ellos intereses particulares, los cuales deben ser normados, en aras de su conservación, tanto de los intereses mismos, como del orden, la paz y el equilibrio de la sociedad.

La actuación de esas (las) personas, aun cuando deberían, no siempre están apegadas a las disposiciones normativas que mantienen el orden, la concordia y la paz en la sociedad. Esta afirmación ocasiona, en algunas oportunidades, distorsiones en el proceder de las personas, lo cual conlleva a que el derecho mismo no cumpla con su finalidad, que es procurar la justicia, aplicando los principios generales para ello. La intención viciada de las personas, sean materializadas o no, se denomina mala fe, o lo cual es en sí mismo una subversión al deber general de buena fe, aplicado tanto a los contratos, como toda actuación, jurídica o no.

Al respecto, nace el concepto de proceso, con una finalidad directa y de carácter general, por cuanto busca la paz social, esto es, la justicia como fundamento del orden social en un sentido amplio. La institución antes referida tiene su asidero constitucional en el precepto establecido en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹.

Ahora bien, esa subversión procesal, implica la manifestación de la mala fe, ya sea, mediante o en el transcurso de un proceso judicial. En tal aspecto, la mala fe cobra una dimensión aún más grave. El hecho de contratar de mala fe es en sí mismo reprochable, aun cuando el alcance de la afectación se reduce únicamente a los particulares. Se agrava, pues, el reproche en los casos en que la mala fe es manifestada mediante un proceso judicial, el cual es el mecanismo más noble dispuesto por el Estado para el mantenimiento del orden y la paz

¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 36.860, del 30 de diciembre de 1999, reimpresa mediante Gaceta Oficial No. 5.543 extraordinaria el 24 de marzo de 2000, en su artículo 257 reza: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.”

social, mediante la protección de los intereses particulares y colectivos y como se indicó en procura del bien jurídico más importante: la justicia.

En caso, pues, de que con ocasión a un juicio se emplee mala fe en las actuaciones, se estaría ante una situación denominada como fraude procesal. Sin embargo, como solución aportada por el derecho, el resultado de un juicio fraudulento puede ser enervado mediante otro procedimiento judicial, el cual tenga como pretensión la nulidad del juicio viciado, lo cual puede ser solicitado -además de la vía incidental- por la vía autónoma o principal, lo cual es el centro de la presente investigación, en razón que el derecho impone a las partes procesales unos valores para guiar su conducta en el campo del litigio, como por ejemplo, lo estatuye el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil².

El fraude procesal es una realidad en la práctica judicial, originada por la mala fe de los litigantes, quienes pretenden satisfacer sus intereses particulares, en desmedro de la justicia, los órganos jurisdiccionales, los intereses de la otra parte, los terceros e incluso la colectividad. Por tanto, teniendo latente la posibilidad de ser víctima de la defraudación originada por una persona que disponga su conducta para ello; es oportuno tener claro las pretensiones cautelares que puedan ser planteadas ante el órgano jurisdiccional que conozca la demanda principal de fraude procesal, todo con aras de solicitar la medida cautelar indicada y que así sea proveído por el órgano jurisdiccional.

Una vez que se ha demandado la inexistencia de un juicio que se reputa fraudulento, las partes podrán peticionar decretos cautelares a los fines de pre-

² El Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990. Caracas, en su artículo 117 reza: “Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán:

1º Exponer los hechos de acuerdo a la verdad;

2º No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;

3º No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan.

Parágrafo Único. - Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1º Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;

2º Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;

3º Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.”

servar la situación jurídica óptima para la ejecución del fallo que se aspira sea dictado. Por tanto y referido lo anterior, resulta menester considerar cuáles son las medidas cautelares que se pueden adoptar en los juicios de fraude procesal tramitados por vía principal, tomando en cuenta la instrumentalidad característica de dichas providencias.

En este sentido, la presente investigación tiene por objeto analizar las medidas cautelares aplicables en los procedimientos de fraude procesal tramitados por la vía principal para así crear un cuerpo teórico utilizado por los Tribunales competentes todo de conformidad con las disposiciones de orden legal, jurisprudencial y doctrinal vigentes en Venezuela.

Con ocasión a lo antes planteado, la acertada solicitud preventiva podría prevenir la posible subversión de la situación jurídica, llegando a un punto en el cual la sentencia que se dictare, siendo apegada a derecho, y más aún, satisfaciendo al demandante en todo cuanto hubiere pedido; ésta no pueda ser ejecutada, oportunidad en la cual no habría verdaderamente una tutela judicial efectiva. Para preservar las óptimas condiciones para la ejecución de la sentencia esperada sólo es posible mediante una medida cautelar con tal propósito.

Atendiendo a las particularidades del juicio cuya pretensión principal es la declaratoria de fraude procesal, debe observarse que la selección de las medidas cautelares de posible adopción no representa un trabajo ligero, sino por el contrario, resulta necesario un análisis suficiente, a los fines de arribar a una conclusión acertada en derecho, para dar respuesta a la interrogante planteada.

Tomando en consideración, la nocividad de la cual está revestida la situación jurídica que ha sido alcanzada mediante una conducta fraudulenta en el decurso de un proceso, al final del cual se ha obtenido un pronunciamiento judicial que condena, constituye o declara alguna situación de derecho que no corresponde con la verdad; y, en base a la cual se pueden continuar realizando actos jurídicos en menoscabo de tal situación jurídica. Lo antes planteado conlleva a considerar que lo único en el ámbito procesal capaz de evitar que se continúen realizando actos tomando como fundamento un pronunciamiento fraudulento previo, es una medida preventiva que el demandante del fraude solicite ante el órgano jurisdiccional.

II. Generalidades del fraude procesal

El derecho se informa por principios rectores, los cuales orientan su desarrollo y evolución. Uno de los principios del ámbito jurídico es el de la buena

fe, el cual a su vez es una presunción iuris tantum. En este sentido, Couture definió la buena fe como “(...) Cualidad jurídica de la conducta legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón (...)”, indicando igualmente que puede definirse como una “(...) Inocencia, ignorancia de un hecho, falta de connivencia con los autores de éste (...)”³.

Realizando un análisis de lo indicado, puede observarse que la buena fe hace referencia a la parte subjetiva de las personas, por cuanto versa sobre su aspecto interno, el cual pudiera verse o no materializado en el exterior por la persona de la cual se trate. En este sentido, la buena fe se orienta a un proceder ajeno -al decir del litigante- de cualquier vicio, sino con la intención plena de actuar conforme a lo dispuesto por la norma jurídica. Tal disposición mentalis es conocida, en consecuencia, como buena fe.

Como igualmente señala Couture, el origen etimológico de la alocución “buena fe”, proviene del latín “bona fide”, el cual -al decir del autor-, debe interpretarse como “con sinceridad”. En este aspecto, la parte que actúa lo hace libre de cualquier malicia, es decir, sin corromper su proceder con el conocimiento de vicios respecto del mismo. En este sentido, si alguien está convencido de que está actuando apegado a derecho, pero en realidad está perjudicando a otro de forma inconsciente, su proceder es de buena fe. Por tanto, a los fines de calificar la buena fe de un individuo no se puede enfocar el operador en el resultado de la conducta, sino que tiene que remitirse a la intención.

En la doctrina llevada por Mélich-Orsini respecto de la materia contractual, aun no siendo el tópico a investigar, ayuda a la comprensión del alcance de la buena fe. A tal fin, el doctrinario afirma que la buena fe implica que cada uno de los contratantes, -partes, mutatis mutandis-, han actuado de forma transparente, así como con un espíritu recíproco de lealtad⁴. El significado es el mismo en materia procesal, puesto que se parte de la presunción de que cada

³ Eduardo Couture, *Vocabulario jurídico* (Buenos Aires, Editorial Atenea, 2014), 44.

⁴ Mercedes Carrillo Zamora, *La Impugnación Internacional de la Sentencia Arbitral por Fraude Procesal* (Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2011), 83-84, expresa que la buena fe procesal se configura como un principio ético rector en todo proceso, indicando que se puede entender como una norma de carácter moral que implica la certeza subjetiva de encontrarse dentro del proceso bajo condiciones de lealtad, como requisito indispensable que se debía acudir a juicio con la seguridad de que efectivamente se cuenta con la verdad y la razón de los hechos que se alegan.

uno de los litigantes ha acudido al proceso a resolver el conflicto conforme a derecho⁵.

Ahora bien, el proceso debe entenderse como la concatenación de actos ordenados en tiempo y espacio, a los fines de que posterior a tal trámite, se obtenga una sentencia que dirima una controversia⁶. A pesar de ello, las partes pueden adoptar conductas particulares, las cuales, dejarán ver sus intenciones en el proceso ante el otro. En este particular, la conducta procesal manifiesta la exteriorización del quehacer procesal, y en la cual se podría evidenciar, apreciado sanamente, que la parte en cuestión actúa de buena o mala fe⁷.

Bello ha señalado, a los fines de determinar la debida conducta procesal, el principio de moralidad, el cual -al decir del mismo-, consiste en el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deban ajustar su comportamiento procesal las partes involucradas en un litigio, constituyendo así uno de los valores superiores reflejados en el artículo 2 constitucional⁸. En este tenor, se señala igualmente que el mencionado principio de moralidad abarca la conducta leal y proba de las partes en el proceso.

Debe considerarse entonces, que las partes están llamadas a desarrollar una conducta apegada a la buena fe, tal como fue señalado con anterioridad, lo cual se desprende del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil⁹.

En este sentido, la Ley Adjetiva Civil, establece el actuar con la debida conducta de las partes en el proceso, estando regida la misma por el principio de lealtad y probidad. La lealtad y probidad no sólo resulta ser un principio procesal, a tenor del cual las actuaciones de las partes -incluso de terceros-, debe estar apegada a la verdad, así como a la buena fe. Es igualmente acertado afirmar que la lealtad y probidad se manifiesta como un deber, por cuanto las partes

⁵ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2012), 89.

⁶ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Caracas, Editorial Atenea, 2007), 92.

⁷ “Es claro que con el fraude procesal no se juzgan las actuaciones procesales (formales), sino el fraude como tal (dolo en sentido amplio), y por ello un juez se adentra en lo proveído por otros jueces, que pueden haber sido sorprendidos por el conjunto de desviaciones procesales.” Sala Constitucional, fallo No. 1723 del 04 de agosto de 2000, ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero.

⁸ Humberto Bello, “El fraude procesal y la conducta de las partes como prueba del fraude en Temas de derecho procesal civil”, en *Temas de Derecho Procesal. Libro Homenaje a Félix S. Angulo*, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003), 101.

⁹ Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990.

litigantes no sólo están obligadas a adaptar su conducta procesal a las disposiciones antes mencionadas, sino que, en caso de no hacerlo, pueden ser sancionadas por ello.

Precisado la lealtad y probidad en el actuar de los sujetos en el decurso del proceso, cualquiera de las partes, puede acudir al órgano jurisdiccional obrando de mala fe, e incurriendo igualmente en las conductas antes tipificadas, por lo que, se estaría en presencia de una figura denominada fraude procesal.

A los fines de una mejor comprensión de la compleja figura de fraude procesal, resulta menester comprender el fraude en sí mismo, cuya definición aporta Couture¹⁰, indicando que es la calificación jurídica de la conducta, consistente en una maquinación o subterfugio insidioso tendiente a la obtención de un provecho ilícito. El fraude se entenderá como un mecanismo que se sirve del engaño para que el agente o un tercero procuren algún beneficio. Al respecto, puede presentarse tanto en el derecho sustantivo, como es el fraude a los acreedores en materia civil, o la quiebra fraudulenta o el fraude bancario en materia mercantil, así como la defraudación al fisco, concerniente al ámbito tributario, entre otros. Por su parte, la manifestación del fraude en materia adjetiva es el fraude procesal.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 908, de fecha 9 de agosto de 2000, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, se pronunció respecto del fraude procesal, señalando que debe entenderse como:

El fraude procesal puede ser definido como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero (...)

Se tiene entonces que el fraude procesal, desde un punto de vista globalizador, comporta la realización de actos procesales, pudiendo ser éstos válidos en sí mismos; pero con la intención de defraudar a la otra parte en el proceso, o aún a un tercero ajeno a la causa, pero cuyos efectos recaigan, directa o indirectamente sobre éste. Por tanto, el fraude procesal, tal como lo define la doc-

¹⁰ Eduardo Couture, "Vocabulario", 49

trina jurisprudencial del alto tribunal, sorprende a la buena fe no sólo del justiciable -otra parte o tercero, sino también del justiciero -juez-.

El fraude procesal, como se explicó anteriormente, comporta el actuar de mala fe con el ánimo de defraudar a la contraparte con una intención de perjuicio patrimonial o no, con el concurso -en algunos de los casos- del propio tribunal. Por lo que, su fisonomía comportaría distintas modalidades dependiendo de los intervinientes en el mismo, tales como: 1) dolo directo o específico; 2) colusión; 3) simulación Procesal; y, 4) abuso de Derecho, modalidades o tipos que conllevan a una misma finalidad: la pérdida de la lealtad y probidad de los litigantes.¹¹

Ahora bien, la tramitación del fraude procesal dependerá del grado de afectación al Poder Judicial o al estatus o actitud del litigante que siente agraviado por el acto doloso; en consecuencia, el fraude procesal puede ser iniciado de oficio por el Tribunal, cuando verifique que el proceso está siendo utilizado para propósitos contrarios a los que por naturaleza se le designan o cuando, la persona que se crea afectada por el presunto fraude procesal, solicite formalmente al Tribunal -instancia de parte- que disponga su conocimiento a una situación que -a su decir-, resulta fraudulenta, es decir, la pretensión de fraude procesal puede ser tramitada por vía principal (autónoma) o por vía incidental¹².

En este sentido, el fraude procesal debe ser entendido como una pretensión¹³ y puede ser tramitado por vía incidental, o por vía principal, dependiendo

¹¹ Dolo directo o específico: Debe entenderse como aquella conducta realizada por alguno de los litigantes, de forma unilateral, en contra del otro litigante. Colusión: Se configura como la especie de fraude procesal que se realiza con el concierto de dos o más sujetos procesales que pueden ser o no algún miembro del tribunal en cuestión. Simulación procesal: Comporta el forjamiento de un litigio con ocasión a un conflicto inexistente entre las partes, lo cual contraría en última instancia el fin del proceso mismo, que es la solución de conflictos. Abuso de derecho: Implica que si bien una persona tiene el derecho de presentar peticiones ante el órgano jurisdiccional, el agente de fraude lo hace de una forma abusiva y evidentemente intencional, ante tribunales de distintas competencias, por distintos motivos, conexos o no, e inclusive con distinta competencia territorial.

¹² En caso de que el fraude procesal ocurra en la tramitación de un juicio que aún se encuentra en su fase cognitiva, es decir; que no ha llegado a sentencia definitiva, la forma para delatar el fraude procesal es la vía incidental, tramitada en atención a las pautas que rigen el procedimiento de incidencia, del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil (1990).

¹³ Ortíz-Ortíz, Rafael, *La Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos* (Caracas, Editorial Frónesis, 2004), 305, dice que la pretensión es entonces el efecto jurídico concreto que el demandante o querellante persigue con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado. Continúa señalando que los elementos esenciales de la pretensión procesal son el objeto y su razón. En primer lugar, el objeto de la pretensión procesal lo constituye el efecto jurídico perseguido

de factores como el estado del juicio fraudulento, y el número de ellos. Se enfatiza entonces que la presente investigación se centra en la pretensión de fraude procesal tramitado por vía principal, esto es; que el fraude se produzca con ocasión a una unidad fraudulenta, o que el único juicio fraudulento se encuentre terminado.

Para finalizar, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. RC.000413 de fecha 13 de junio de 2012, analizando la importancia jurídica del fraude procesal, determinó que los terceros legítimos pueden intentarlo de forma incidental en las causas siendo deber de los jueces su trámite y resolución; lo anterior obedece a que el objeto del fraude procesal son vicios contrarios al orden público o a las buenas costumbres y, por tanto, para rescatar la decorosidad y majestad de la justicia, puede ser incluso advertido por el Juzgador¹⁴.

III. La instrumentalidad inmediata de las medidas cautelares en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal

Derivado de la función jurisdiccional preventiva, se ha señalado que la misma garantiza la eficacia del proceso formal desarrollado por la función jurisdiccional cognitiva-ejecutiva, y se divide en poder genérico de prevención y poder cautelar. El primero de ellos comporta una protección a un interés supra-procesal, y superior al interés de las partes, pudiendo el Tribunal incluso actuar

con el proceso, lo cual comporta el derecho o reclamación jurídica pretendida. Por otra parte, continúa la doctrina citada, que el segundo de los elementos de la pretensión es la razón de la misma, lo cual es el fundamento de ley que la constituye, conformado por el relato de los hechos que dan lugar a la misma, así como el compendio de circunstancias fundantes. En síntesis, la razón de la pretensión ha sido precisada como la *causa petendi* de la misma.

¹⁴ Sala de Casación Civil, fallo No. RC.000413/3-6-2012: “(...) los terceros con interés legítimo pueden accionar por fraude procesal de forma incidental en las causas y es deber de los jueces tramitar y resolver tal pretensión, pues basta con constar el derecho que asiste al tercero o a la parte para accionar por esta causa, para que la misma sea conocida por los órganos jurisdiccionales. Pues, su importancia y especial tratamiento obedece a que se trata de un vicio contrario al orden público o a las buenas costumbres, que amerita una providencia especial que tutele dichos valores; lo cual, inclusive puede ser advertido de oficio por el juzgador, a tenor del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, para resguardar derechos y garantías constitucionales.

Por tanto, no pueden los jueces abstenerse de resolver pretensiones de fraude procesal, so pretexto de argumentos formales intrascendentes que impliquen una negación de los principios, sobre los cuales descansa la institución del fraude, toda vez que esto significaría atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva. (...)”

de oficio; con ocasión a la cual se dictan las medidas de tutela de intereses, que pueden ser a su vez de contenido concreto o de contenido indeterminado.

Como segunda clasificación de la función jurisdiccional preventiva, se tiene el poder cautelar, mediante el cual se pretende alcanzar la justicia material preventiva, con ocasión a la cual se dictan las llamadas medidas o providencias cautelares. Estas medidas cautelares para su procedencia deben reunir tres requisitos concurrentes -ampliamente desarrolladas por la doctrina- que son: 1) pendiente Litis, 2) Fumus bonis iuris; y, 3) Periculum in mora.

En este sentido, existen dos tipos de medidas cautelares, como lo son las medidas cautelares típicas o nominadas y las medidas cautelares innominadas o atípicas. La primera de ellas responde a las providencias cautelares que versan sobre medidas cautelares establecidas expresamente en el Código de Procedimiento Civil, específicamente en el encabezado y numerales del artículo 588, el cual establece lo siguiente:

De conformidad con el Artículo 585 de ese Código, regula las medidas nominadas que el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, vale decir:

- 1.- El embargo de bienes muebles;
- 2.- El secuestro de bienes determinados;
- 3.- La prohibición de enajenar y gravar bienes muebles (...)

A tenor del artículo antes mencionado, se evidencia que el legislador tipificó las medidas cautelares de posible adopción en el proceso civil, cada una de ellas con una fisonomía particular y con un fin específico. La función jurisdiccional preventiva, particularmente el poder cautelar del juez, desemboca en un poder cautelar específico¹⁵, con ocasión al cual se limita decretar las medidas cautelares textualmente establecidas en la ley, como las antes mencionadas de acuerdo con la característica de la instrumentalidad.

¹⁵ Rafael Ortíz-Ortíz, *El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano* (Caracas, Paredes Editores, 1997), 101-108.

Esta característica según Podetti¹⁶, descrito asimismo por la doctrina venezolana¹⁷, ha señalado que tal carácter instrumental implica que el procedimiento cautelar no tiene un fin en sí mismo, sino que depende -y a la vez asegura- el cumplimiento de la sentencia que se dicte en el procedimiento principal.

La mencionada doctrina nacional señala que la instrumentalidad no es la característica más arraigada de las medidas cautelares, sino que es, a penas, una débil reseña que debe estar acompañada de otras -como la provisionalidad y mutabilidad-, para que se configure una fisonomía característica de las medidas cautelares. Se fundamentó lo antes indicado en el hecho que -al decir de parte de la doctrina-, la medida cautelar sólo resulta instrumental si la sentencia de mérito es declarada con lugar¹⁸. Es decir, la instrumentalidad comporta una relación de utilidad o relación lógica respecto del objeto mismo de la pretensión, con el objeto sobre el cual recaiga la medida.

Tomando en consideración esta característica y la naturaleza de la pretensión de fraude procesal por vía autónoma tenemos que, la pretensión de fraude procesal persigue delatar un vicio -no procedimental ni legal-, sino una subversión en el propósito mismo del proceso, apartado del principio de la buena fe de los litigantes, y menoscabando la majestad de la justicia¹⁹.

Como consecuencia de la actuación desleal e ímproba de la cual esté revestida un juicio, por lo cual se considere como fraudulento, por perjudicar ilegítimamente a uno de los litigantes, e incluso a un tercero; se tiene no sólo la posibilidad de solicitar medidas cautelares, sino también la urgencia de las mismas. Es de acotar que la sola existencia del juicio fraudulento supone una amenaza que debe ser atenuada por vía cautelar mediante el procedimiento en el cual se delate.

¹⁶ Ramiro Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Segunda Edición (Buenos Aires, EDIAR, 1969).

¹⁷ Abdon Sánchez Noguera, *Del Procedimiento Cautelar y Otras Incidencias*, (Caracas, Paredes Editores S.R.L, 1995)

¹⁸ Abdon Sánchez Noguera, *Del Procedimiento Cautelar ...*

¹⁹ Debido a la importancia del fraude procesal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha establecido que: “En materia de fraude procesal la Sala Constitucional ha venido sosteniendo que su planteamiento en amparo constitucional es inadmisibles, siendo la vía idónea el reclamo por la vía ordinaria, por permitir ésta un trámite más amplio, con la posibilidad de un debate probatorio que realmente esclarezca la situación de fraude procesal denunciada.” Ver fallo No. 1753 de la Sala Constitucional del 22 de junio de 2007, ponente Pedro Rafael Rondón Haaz.

A modo conclusivo, es de evidenciar que las medidas cautelares se rigen por una característica comprendida en la instrumentalidad, la cual se evidencia en caso de que esta mitigue los efectos perjudiciales del procedimiento fraudulento. Y no solo los efectos propios del mencionado trámite procesal, sino de todos aquellos potenciales efectos nocivos extraprocesales que puedan realizarse valiéndose de las medidas cautelares fraudulentas, o de la sentencia principal definitiva si ya hubiese sido dictada e incluso ejecutada, así como el resto de las consecuencias sustantivas de las mismas. Tales son los parámetros a los fines de identificar la instrumentalidad de tales medidas cautelares.

IV. Las medidas cautelares adoptables en el procedimiento de fraude procesal tramitado por vía principal en el derecho procesal civil venezolano

Las medidas cautelares de posible adopción -en general-, en los procesos civiles se clasifican en medidas nominadas e innominadas. En la primera de ellas, como ha sido afirmado previamente, el juzgador hace uso de su poder cautelar específico, por cuanto se pronuncian decretos cautelares cuyo contenido está determinado por la ley, así como los requisitos que se deberán cumplir a los fines de su decreto.

Por otra parte, las medidas innominadas o atípicas comportan la manifestación del poder cautelar general, por cuanto son aquellas medidas cautelares cuyo contenido no está determinado, sino que se delega la facultad en el juez de que -previa solicitud de parte-, decreta aquellas medidas que considere pertinentes, para la protección cautelar de la eficacia de la sentencia que habrá de dictarse.

En este sentido, el Código de Procedimiento Civil, describe en el artículo 588 taxativamente cuales son las medidas cautelares que pueden ser decretadas en cualquier juicio civil. Es decir, se desprende que las medidas nominadas o típicas de posible adopción son el embargo preventivo de bienes muebles, el secuestro de determinados bienes y la prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles. Como se señaló anteriormente, a los fines de que sean dictadas las providencias cautelares de contenido típico, se deben cumplir los requisitos

objetivos a los cuales se refiere el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, como lo son la presunción del buen derecho y el peligro en la mora²⁰.

1. Embargo preventivo de bienes muebles

Ahora bien, la doctrina más calificada²¹, ha señalado que el embargo preventivo de bienes muebles comporta una medida cautelar que tiene como finalidad salvaguardar bienes suficientes para la ejecución de la sentencia que habrá de dictarse en el proceso principal. La doctrina afirma igualmente que la medida bajo estudio es -a tenor de la tradición cautelar-, la medida por excelencia en el derecho procesal civil.

Ahora bien, cabe mencionar que este tipo de medidas nominadas resultan ser instrumentales a demandas cuyas pretensiones conlleven a una sentencia condenatoria, principalmente de obligaciones de hacer, como lo es el pago de una cantidad determinada de dinero. En este sentido, asentó la doctrina que la misma se dispone a los fines de la conservación del patrimonio del posible futuro condenado.

2. Secuestro de determinados bienes

Por otra parte, la segunda de las medidas cautelares nominadas establecidas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil es el secuestro de bienes determinados. En relación con la figura mencionada, la doctrina, ha señalado que el secuestro es una medida cautelar nominada que consiste en el depósito de un bien que constituye el objeto del litigio, entre tanto termine éste. La doctrina ha señalado igualmente que el secuestro puede presentarse en dos modalidades particulares, como lo son el secuestro convencional y el judicial, a tenor de lo que se desprende del artículo 1.780 del Código Civil²².

²⁰ En Abdon Sánchez Noguera, *Del Procedimiento Cautelar ...*, 42, se lee que la posición jurídica tutelable o humo del buen derecho o *fumus bonis iuris* implica la probable existencia del derecho reclamado por vía principal, lo cual conlleva a que la pretensión del solicitante tenga la apariencia de certeza. Asimismo, el peligro en la mora, conocido también como *periculum in mora*, el cual se verifica con la posible ilusoriedad de la ejecución del pronunciamiento principal de fondo que eventualmente se dicte en el juicio en cuestión. Afirma así mismo que el peligro en la mora, más que un requisito de procedencia de las medidas cautelares constituye verdaderamente un fundamento de ellas, por cuanto el peligro que se procura combatir es la duración del proceso mismo.

²¹ Rafael Ortiz-Ortiz, *El Poder Cautelar General...*

²² Ricardo Henríquez La Roche, *Medidas Cautelares Según el Código de Procedimiento Civil*, (Caracas, Ediciones Liber, 2000), 75, manifiesta que a los fines de una mejor comprensión de la naturaleza misma de la medida cautelar de secuestro, expone lo que es necesario analizar determinados

3. Prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles

En tercer lugar, el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil establece como medida cautelar nominada la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, que sean propiedad de la persona contra quien obra la medida en cuestión. Respecto de esta cautela, la doctrina²³ ha señalado que la mencionada medida debe ser entendida como la cautela que impide que el afectado, pueda de alguna manera enajenar o gravar un bien inmueble de su propiedad; el cual se encuentre o no en litigio.

Por tanto, la medida de prohibición de enajenar y gravar, además de proceder por su instrumentalidad en los casos en que se espera que el demandado sea condenado a pagar una cantidad dineraria, y que se tema que el mismo esté insolvente al momento de la ejecución de la sentencia; procede igualmente en las pretensiones que tiene como aspiración una sentencia mero declarativa, en los cuales se teme que la otra parte, valiéndose de la situación jurídica previa a la declaración, pueda causar un perjuicio a la parte, como lo es el caso de las pretensiones de nulidad o simulación²⁴.

4. Medidas innominadas

A la par de las medidas típicas o nominadas, con ocasión a las cuales el juez pone en evidencia su poder cautelar específico, se encuentran las medidas atípicas o innominadas, por virtud de las cuales se es titular del poder cautelar general. A tenor de lo que se desprende de la norma contenida en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil²⁵.

asuntos preliminares. En este sentido, se establece la necesidad de precisar la noción de derechos reales y derechos personales o creditorios, en relación con la pretensión que plantee el actor en el proceso.

²³ Rafael Ortíz-Ortíz, *El Poder Cautelar General...*

²⁴ El artículo 600 del Código de Procedimiento Civil (1990), establece que: “Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde esté situado el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición. Se considerarán radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o el gravamen que se hubieren protocolizado después de decretada y comunicada al Registrador la prohibición de enajenar y gravar. El Registrador será responsable de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización.”

²⁵ Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el Artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones

Se observa entonces, que el juez puede declarar las providencias que considere adecuadas, con ocasión a las cuales puede autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos. A este tenor, se evidencia que el elemento característico y diferenciador entre las medidas cautelares nominadas e innominadas es que las primeras de éstas están determinadas en su contenido y alcance por la ley. Mientras tanto, las medidas innominadas resultan ser de carácter enunciativo, delegando en el discrecional y prudente arbitrio del juzgador la adecuación de tales medidas.

Se debe considerar que, tal como fue señalado, a los fines del decreto cautelar innominado se deben cumplir con el requisito objetivo del peligro de daño, lo cual no ocurre con las medidas nominadas. Se ha señalado que el *periculum damni* comporta, en esencia, el fundado temor que se pueda causar un daño a la parte solicitante, que no pueda ser corregido o subsanado mediante la sentencia definitiva.

La justificación práctica de las medidas cautelares innominadas recae fundamentalmente en la insuficiencia de las medidas nominadas, las cuales están destinadas a tutelar cautelarmente determinadas situaciones jurídicas, no abarcando todos los casos en los cuales no basta únicamente el embargo de bienes muebles, secuestro o prohibición de enajenar y gravar.

Es de precisar igualmente, a los fines del decreto cautelar, es necesario que el solicitante alegue y acredite la existencia del peligro en el daño; esto es, que la situación jurídica o fáctica pueda desencadenar un daño adicional que no sea susceptible de reparación mediante la sentencia definitiva que se espera que sea dictada, debiendo iniciar nuevos procedimientos judiciales para revocar -en caso de ser posible-, el perjuicio causado.

Igualmente, Ortíz-Ortíz ha señalado que las medidas innominadas responden a situaciones que imposibilitan la procedencia de las medidas típicas, por cuanto las mismas -al decir de la doctrina-, no recaen sobre conductas, sino únicamente sobre bienes. La mencionada doctrina afirma igualmente que cuando sea procedente una medida típica, es improcedente una medida innominada. Con ocasión a lo advertido por la doctrina, se es del criterio de que las

graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Parágrafo Primero, Artículo 588 CPC.

medidas típicas y atípicas, pueden perfectamente coexistir en un mismo pronunciamiento cautelar, por cuanto la segunda de ellas empieza donde termina la primera.

Es decir, las medidas nominadas e innominadas no son excluyentes entre sí, sino que ambas pueden ser dictadas en un mismo procedimiento cautelar por cuanto la medida innominada no hace más que brindar una cautela respecto de aquellos posibles riesgos de daños que pudiese sufrir la parte, y de los cuales las medidas nominadas no pudiesen precaver dentro de su tipificación.

Respecto del contenido particular de las medidas cautelares, el legislador indica dos supuestos en particular, como son: la autorización o prohibición de determinadas conductas, y por otra parte cualquier otra orden o providencia que haga cesar la continuidad de la lesión. El primer supuesto, implica -según se deja ver- una orden subjetiva, con ocasión a la cual el Tribunal permitirá o restringirá que alguna de las partes desempeñe una u otra conducta, por resultar ésta nociva a la otra parte. A modo de ejemplo práctico, una medida innominada puede autorizar o restringir el acceso de una persona a un bien inmueble o el uso de un bien mueble.

En un segundo supuesto, la medida innominada puede contener una providencia que haga cesar la continuidad de la lesión, la cual no incida particularmente en una conducta positiva o negativa de alguna de las partes. En este sentido, el Tribunal en cuestión podrá ordenar la suspensión de la ejecución de un contrato, o la suspensión de los efectos de uno u otro acto. Asimismo, se puede ordenar la paralización de alguna obra o su continuidad.

Por tanto, las medidas cautelares innominadas son instrumentales con cualquier pretensión, siempre que el caso en particular se amenace con un daño adicional de difícil reparación en sentencia definitiva, que haga ilusoria la pretensión de la parte solicitante, pudiendo perfectamente coexistir con medidas cautelares nominadas. A modo de ejemplo, se tiene el caso en que se pretenda la condena en el pago de una cantidad dineraria, con ocasión a la cual se solicitó -como es debido-, una medida de prohibición de enajenar y gravar de un bien inmueble con determinadas características, suficiente para asegurar el pago de la obligación cuya condena se espera.

Posteriormente, la parte solicitante de la medida se percata de que el afectado está realizando una serie de modificaciones perjudiciales en su propio inmueble, despojándolo de sus características propias, que hacían atractiva la

eventual ejecución del bien para satisfacer la pretensión. En el caso dado, se tiene el temor que -siendo el único bien cuya titularidad se le atribuya al demandado-, el mismo pierda valor y no satisfaga la pretensión del demandante. Revisada la situación y acreditado el mencionado peligro en el daño, la parte solicitante de la medida de prohibición de enajenar y gravar puede -a la par-, solicitar una medida innominada de prohibición de innovar en el mencionado bien, a los fines de que no merme su valor.

Por otra parte, se evidencia que en una pretensión que conlleve a que sea dictada una sentencia de carácter constitutiva, como lo es la resolución de un contrato, se puede solicitar la suspensión cautelar de su ejecución, por cuanto causaría un daño superior, tal como fue previamente ejemplificado. Igualmente, en caso de que se plantee una pretensión de carácter declarativo, como lo es por ejemplo la -ya mencionada- nulidad de un documento que otorgue la propiedad de un bien inmueble, y que el demandado esté en posesión del inmueble en cuestión.

En el mencionado caso, se evidencia que procede una prohibición de enajenar y gravar del bien en cuestión, a los fines de evitar que sobre el mismo se desencadene una serie de ventas sucesivas, que harían de difícil ejecución la sentencia. Pero a la par de la medida cautelar nominada antes mencionada, procedería de forma cautelar una medida innominada de prohibición de innovar en el bien, a los fines de evitar que el poseedor -cuya propiedad está en entredicho-, realice actos que conlleve a un perjuicio material en el bien inmueble cuya adquisición se declararía nula.

Debido a la naturaleza de las medidas cautelares innominadas pueden solicitarse -indiferentemente- en juicios que tengan como pretensión una condena, constitución o mera declaración. La cautela innominada puede incluso coexistir con medidas nominadas, teniendo en consideración que no son excluyentes en sí mismos.

Igualmente, se evidencia que las medidas innominadas tienen gran incidencia instrumental en aquellos juicios en los cuales se pretenda una sentencia condenatoria de hacer o de no hacer. Como se ha señalado reiteradamente, el hecho que la realización o abstención de la conducta indicada resulta perjudicial para la parte demandante, causándole un daño de difícil reparación. Por tanto, el juez de forma cautelar puede ordenar la ejecución o abstención de la conducta en cuestión.

Ortíz-Ortíz ha señalado que en los casos en que se plantee una pretensión que tenga como finalidad que sea dictada una sentencia de naturaleza constitutiva, no se tiene posibilidad de solicitar medidas cautelares típicas, fundamentado en el hecho de que las mencionadas providencias se basan en la certeza de una situación jurídica preexistente, como el derecho de propiedad, entre otros, y no en la mera expectativa que supone el juicio constitutivo. Ahora bien, se es del criterio de que en los juicios en los cuales se espera que sea dictada una sentencia de carácter constitutivo, aun cuando son pocos los casos, si hay posibilidad de que sea dictada alguna medida típica.

La doctrina de Ortíz-Ortíz deja abierta la posibilidad de que en los juicios que tiene como aspiración una sentencia constitutiva, se puedan dictar medidas cautelares innominadas, respecto de lo cual se coincide con la corriente doctrinaria. En este sentido, se tiene como ejemplo práctico, que se demande por ante un Tribunal la resolución de un contrato de obra, pero que, sin embargo, la parte demandada continúe cumpliendo su obligación, lo cual causa un perjuicio a la parte demandante. En este caso, se puede solicitar cautelarmente la suspensión de la ejecución del contrato indicado, entre tanto se decide su resolución. Es de observar, entonces, que esperándose una sentencia constitutiva -que modifique resolutivamente la relación contractual-, se puedan dictar medidas cautelares innominadas.

Consecuente con todo lo señalado, se resume que la instrumentalidad de las medidas cautelares innominadas se verifica en los procesos tramitados por pretensiones de condena, declarativa y constitutiva, con atención -como se mencionó con anterioridad-, en los casos de condena de hacer o no hacer, y las sentencias constitutivas respecto de cuya pretensión no sean instrumentales las medidas nominadas.

5. Medidas complementarias

Así como las medidas estudiadas con anterioridad, se evidencia que en el derecho cautelar existe una figura muy particular, como lo son las medidas complementarias, previstas en el único aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil²⁶. En tales términos quedó consagrada la figura de medida

²⁶ “Podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado”. Único aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (1990).

complementaria, la cual a su vez la doctrina ha definido como una providencia tendiente a afianzar la eficacia cuantitativa o cualitativa de las medidas nominadas -en principio-, a tenor de la doctrina nacional de Sánchez Noguera.

El tratadista Ortiz-Ortiz señala que las mencionadas medidas complementarias se dan en torno a asegurar dos aspectos de las medidas cautelares dictadas, siendo éstas la efectividad y el resultado. Por su parte, la efectividad implica que la medida decretada alcance su finalidad, la cual es evitar que quede ilusorio el fallo, oportunidad en la cual la medida resultaría inútil, así como la sentencia principal definitiva, que no pueda ser ejecutada. Por otra parte, el resultado implica que la medida se ejecutará tal como hubiere sido ordenada por el Tribunal, haciendo uso de su poder cautelar, la cual se orientaba por la instrumentalidad entre la pretensión y la medida decretada.

A tenor de lo ahora enunciado, se tiene que existen -pues-, dos tipos de medidas cautelares, las cuales son las medidas cautelares principales y complementarias. Las primeras de ellas implican aquellos pronunciamientos cautelares analizados hasta ahora, como lo son las nominadas e innominadas, previamente identificadas. Por otra parte, se tienen las medidas cautelares complementarias identificadas como aquellas providencias o decisiones que coadyuvan a las medidas principales a lograr su efectividad y resultado.

La doctrina venezolana²⁷ enfatiza en que las medidas complementarias no revisten carácter cautelar en sí mismas, sino una suerte de protección o garantía de las medidas cautelares que se hubieren decretado. Se disiente, entonces, del criterio señalado, puesto que, a opinión razonada de la presente investigación, las medidas complementarias son -en efecto-, medidas de naturaleza cautelar, con la particularidad de que no son principales, sino complementarias. A este tenor, se ha referido igualmente que las medidas complementarias son una suerte de extensión de las medidas cautelares principales, a los fines de su realización cautelar.

Se debe precisar entonces que existe una relación de instrumentalidad -como se ha dicho-, entre la pretensión objeto del juicio y la medida cautelar principal, y a su vez existe una instrumentalidad entre la medida cautelar principal y la medida cautelar complementaria.

²⁷ Rafael Ortiz-Ortiz, *El Poder Cautelar General...*

Lo anteriormente señalado conlleva a estimar que se verifica una relación directa de instrumentalidad entre la pretensión y la medida cautelar principal -instrumentalidad de primer grado-, y una relación de instrumentalidad indirecta entre la pretensión y la medida cautelar complementaria -instrumentalidad de segundo grado-.

En la doctrina nacional se han debatido varios puntos particulares respecto de las medidas complementarias, principalmente respecto de su relación con las medidas principales, y por otra parte el contenido de éstas últimas. Se ha mencionado hasta ahora -y huelga repetir- que las medidas cautelares complementarias son anexas a las medidas cautelares principales, relacionándose éstas últimas con la pretensión planteada en el juicio, a tenor de la instrumentalidad.

En este sentido, se refirió que las medidas cautelares complementarias auxilian a las principales en la preservación de una situación óptima para la ejecución de la sentencia cuyo dictado se aspira. En relación con lo mencionado, se evidencia que para que se decreten las medidas cautelares principales, es necesario cumplir con una serie de requisitos objetivos y subjetivos, los cuales dependerán de si el pedimento cautelar se encuentra enmarcado en la ley, o si se dictará en uso del poder cautelar general -medidas nominadas e innominadas-. Por el contrario, para el decreto de medidas cautelares complementarias, es necesario que únicamente se cumpla con el requisito de que se haya decretado previamente una medida cautelar principal, caso en el cual existiría igualmente los requisitos de ley.

Ortíz-Ortíz, ha afirmado que una medida típica no puede en ningún caso solicitarse como medida complementaria, con ocasión a que estas últimas se dicen autónomas y suficientes y deben ser dictadas de forma principal en un procedimiento cautelar y no como complementarias de alguna otra. Sin embargo, otra parte de la doctrina nacional, representada por Sánchez Noguera señala que -como ya se mencionó-, es perfectamente procedente que las medidas cautelares que han sido tipificadas o nominadas por el legislador, se puedan presentar en actas como medidas complementarias de otras nominadas o innominadas.

Por tanto, el contenido de las medidas complementarias, al no ser restringido por el legislador, se delega en el juez -similar al caso de las medidas innominadas- la facultad de analizar según su prudente arbitrio cuál medida comple-

mentaria coadyuvaría a la realización del fin último de la medida principal dictada, relacionándose ésta con la pretensión invocada por la parte solicitante.

Lo antes mencionado se resume en que las medidas complementarias, en efecto, son medidas cautelares con la particularidad que no son principales, sino que accesorias a éstas. Se tiene igualmente que el único requisito para que sean dictadas es que se haya dictado previamente -o incluso en el mismo decreto-, alguna medida principal, la cual puede ser típica o innominada; por lo cual las mencionadas medidas complementarias son accesorias a las principales, y correrán la misma suerte que éstas últimas. Se mencionó igualmente el posible contenido de las medidas complementarias, afirmándose que toda vez que el legislador no las restringió más que por los sanos límites de su conocimiento y de su instrumentalidad con las medidas cautelares complementarias; se tiene que pueden ser dictadas todas aquellas medidas que coadyuven a la realización cautelar de las principales.

En este punto de la investigación, habiendo revisado de forma particularizada el sistema cautelar en el derecho procesal civil venezolano, cabe dar respuesta a la interrogante planteada inicialmente; ¿Cuáles son las medidas cautelares que pueden adoptarse en los procedimientos de fraude procesal tramitados por vía principal en el derecho procesal civil venezolano? Lo cual finalmente se hace en los siguientes términos: por una parte, es de precisar que la pretensión de fraude procesal -tramitado incidentalmente o de forma principal-, implica la aspiración de un pronunciamiento judicial declarativo, afirmándose la inexistencia de los juicios fraudulentos, y de su sentencia si ya se hubiere dictado.

Como fue señalado en su oportunidad, los juicios cuya sentencia que se aspire sea declarativa, pueden ser tutelados cautelarmente mediante medidas cautelares principales nominadas o innominadas, siempre que las mismas guarden estricta relación de instrumentalidad con el objeto sobre el cual recaiga la pretensión principal. En el caso de la pretensión del fraude procesal, se tiene que el objeto es la declaratoria de nulidad del procedimiento y principalmente la sentencia; con ocasión a lo cual se cree que la medida cautelar instrumental es aquella que haga suspender temporalmente -de forma cautelar- los efectos de los actos que se pretenden anular.

Ahora bien, se dijo que el fraude procesal tramitado por vía principal puede ser aquel en que la sentencia ya esté dictada, o aquel en el que el fraude se ha dado con ocasión a una unidad fraudulenta -multiplicidad de procesos

articulados entre sí-. Por lo que para tutelar la pretensión esbozada lo instrumental es la medida innominada de suspensión de los efectos de la sentencia -en caso de haberse dictado-, es decir, la paralización de su ejecución, o la suspensión temporal de los procedimientos en curso -en caso de unidad fraudulenta-; todo entre tanto se dilucide la pretensión de fraude procesal.

La mencionada medida innominada satisface, sin lugar a dudas, el objeto inmediato de la pretensión de fraude procesal, como lo es la nulidad de la sentencia, o de los múltiples procesos fraudulentos en curso. Sin embargo, es de recordar que -como fue señalado en su oportunidad-, la mencionada pretensión se compone igualmente de un objeto mediano, el cual implica prevenir que el agente del fraude se valga de la situación procesal fraudulenta para afectar derechos subjetivos del defraudado, mediante -por ejemplo-, el registro de la sentencia obtenida. Por tanto, dictar la medida cautelar innominada de suspensión de los efectos, implicaría dejar desprotegida parcialmente la pretensión principal, en lo que se refiere a su objeto indirecto.

A los fines de una mejor protección cautelar, se ha mencionado que el legislador ha dispuesto un tipo de medida cautelar en particular, como lo es la denominada complementaria. Por tanto, valiéndose de la mencionada figura, se puede tutelar cautelarmente el objeto indirecto de la pretensión principal de fraude procesal; todo mediante una medida que coadyuve al fin preventivo. En consecuencia, adicional a la medida principal innominada, se puede solicitar la medida complementaria que se considere necesaria a los fines de que el agente del fraude no pueda valerse de tal situación jurídica para causar un perjuicio aún mayor al sujeto pasivo del fraude.

A los efectos de determinar qué medida complementaria se corresponde con el objeto indirecto de la pretensión señalada, es de analizar las posibles consecuencias jurídicas y materiales del presunto fraude procesal cometido. Como ejemplo, si con ocasión al fraude procesal se adquirió un bien inmueble -por ejemplo-, cuya sentencia fue registrada, correspondería evitar que el agente de fraude y nuevo titular del derecho de propiedad que recae sobre el bien inmueble desencadene una serie de enajenaciones de la cosa en cuestión, las cuales la harían de difícil recuperación.

Vista la situación, se pudiese considerar -erróneamente-, solicitar una medida principal nominada de prohibición de enajenar y gravar, pero la misma no sería instrumental con la pretensión principal del fraude procesal, el cual es la

declaratoria de inexistencia, previamente descrito. Como se señaló, la única medida que cumple con la instrumentalidad necesaria para tutelar cautelarmente la pretensión indicada es la medida innominada de suspensión de los efectos de la sentencia, o de los procesos, según sea el caso.

Ahora bien, es de recordar que las medidas cautelares complementarias no guardan una relación directa de instrumentalidad con la pretensión, sino con la medida cautelar principal -denominado en esta investigación como la instrumentalidad de segundo grado-. Por tanto, se puede solicitar una medida complementaria que no conlleve necesariamente de forma directa e inequívoca a la satisfacción cautelar de la petición planteada en el juicio -para lo cual se decreta la medida cautelar principal-, sino que basta con que coadyuve a la labor de cautelar iniciada por el decreto principal.

Adicional a ello, se concluye que lo prudente sería una solicitud de medida cautelar complementaria, cuyo contenido podría corresponder a lo que la ley tipifica como medidas cautelares principales -nominadas- -por ejemplo- prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles; siempre que la misma tutele cautelarmente el objeto indirecto de la pretensión de fraude procesal, previamente singularizado. En tales términos, quedó satisfecho el objeto antes mencionado.

V. Conclusiones

La conducta procesal de los litigantes puede estar permeada de mala fe, configurándose pues el fraude procesal. En este sentido, se tiene que el fraude procesal puede manifestarse a su vez en cuatro tipos, los cuales son el dolo directo, simulación procesal, colusión y abuso de derecho²⁸.

Igualmente, a pesar de sus múltiples manifestaciones, se tiene una serie de elementos estructurales característicos del fraude procesal, los cuales a su vez se pueden dividir en requisitos y sujetos. Respecto de los requisitos, se tiene el elemento objetivo, ya desarrollado, el mismo se encuentra circunscrito a al perjuicio materializado, o inminente. Así entonces, el requisito subjetivo reside en

²⁸ Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo No. 1723 del 04 de agosto del 2000, sentenció lo siguiente: “Cuando el dolo procesal estricto es detectado, por aplicación del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, el remedio es la nulidad de los actos dolosos, declaración que puede plantearse en el proceso donde aquél ocurre, o cuya declaración se logra por la vía de la invalidación, si fuere el caso, como lo prevén los ordinales 1° y 2° del artículo 328 *eiusdem*.”

la mala fe del agente en cuestión, sin la cual no calificaría el fraude procesal. Respecto de los sujetos del fraude, los mismos se determinan por su un agente -causante del fraude-, y un sujeto pasivo, o defraudado. A su vez, el sujeto pasivo se califica en sujeto pasivo directo, como lo es la parte litigante o el tercero defraudado, y el sujeto pasivo indirecto, el cual es el Poder Judicial.

Asimismo, la pretensión de fraude procesal se compone de un objeto inmediato, como lo es la declaratoria de inexistencia del juicio o multiplicidad de ellos, que se reputan como fraudulentos. Por otra parte, tiene un objeto mediato, el cual es evitar cualquier posible perjuicio adicional, con ocasión a la situación jurídica que el agente del fraude procesal ha provocado, esto es; valerse del resultado del fraude procesal, para materializar otros actos fuera de juicio, en menoscabo del defraudado en sede judicial.

Por otra parte, se concluye que el fraude procesal puede ser tramitado por vía incidental, o por vía principal, dependiendo de factores como el estado del juicio fraudulento, y el número de ellos. Se enfatiza entonces que la presente investigación se centró en la pretensión de fraude procesal tramitado por vía principal, esto es; que el fraude se produzca con ocasión a una unidad fraudulento, o que el único juicio fraudulento se encuentre terminado.

En este orden de ideas, las medidas cautelares se rigen por una característica comprendida en la instrumentalidad, la cual se relaciona con la providencia principal definitiva -cuyo pronunciamiento se espera-, con la providencia cautelar que se dicte en la incidencia correspondiente. Por tanto, a los fines de identificar la instrumentalidad, se deberá analizar la pretensión de la parte demandante, la cual delatará el tipo de pretensión esperada.

Aplicado lo anterior a la pretensión de fraude procesal, se evidencia que será instrumental una medida cautelar en caso de que la misma mitigue los efectos perjudiciales del procedimiento fraudulento. Y no solo los efectos propios del mencionado trámite procesal, sino de todos aquellos potenciales efectos nocivos extraprocesales que puedan realizarse valiéndose de las medidas cautelares fraudulentas, o de la sentencia principal definitiva si ya hubiese sido dictada e incluso ejecutada, así como el resto de las consecuencias sustantivas de las mismas. Tales son los parámetros a los fines de identificar la instrumentalidad de tales medidas cautelares.

De forma conclusiva, es de señalar que, en un juicio de fraude procesal tramitado por vía principal, no es procedente una medida cautelar principal no-

minada -embargo, secuestro o prohibición de enajenar y gravar-, por cuanto no existiría una relación de instrumentalidad entre las mencionadas medidas y la pretensión. Como consecuencia, lo que correspondería sería una medida cautelar principal innominada de suspensión de los efectos de la sentencia, o de los procesos en curso -según sea el caso-.

Adicional a ello, se concluye que lo prudente sería una solicitud de medida cautelar complementaria, cuyo contenido podría corresponder a lo que la ley tipifica como medida cautelares principales nominadas -por ejemplo- prohibición de enajenar y gravar de bienes inmuebles; siempre que la misma tutele cautelarmente el objeto indirecto de la pretensión de fraude procesal, previamente singularizado.

The effect of the anti-corruption clause on international commercial contracts

Niloufar Hassanzadeh*

pp. 115-136

Invitado: 19 may 2022

Sumario

I. Introduction | II. International legal framework against corruption | 1. Notion of corruption | 2. Development of existing international legal framework against corruption | III. Specific introduction to an anti-corruption clause (ICC Model) | 1. The history of development and origination of ICC Anti-Corruption Clause 2012 | 2. Influence of specific legal system on ICC Anti-Corruption Clause 2012 | IV. Effect of anti-corruption clause on different phases of the contract | 1. Effects on pre-contractual phase | 2. Effects on post-contractual phase | 3. Effects on balance of power | 4. Effects on enforcement of the contract | V. Critical aspects of anti-corruption clause | 1. Regarding drafting | 2. Regarding enforcements | VI. Remedies for infringement of anti-corruption clause | 1. Evidence of infringement and the role of whistleblowers | 2. Possible remedial actions | VII. Conclusions

* Niloufar Hassanzadeh is a legal advisor who specializes in international commercial contracts. Her educational background includes both common law and civil law. Currently, she is a Ph.D. student at the University of Navarra, Spain. A major focus of her dissertation is the conflict of laws principles, international commercial contracts, and Brexit.

El efecto de la cláusula anticorrupción en los contratos comerciales internacionales

Resumen: La corrupción es una máquina de muerte que ataca constantemente el mundo de los negocios y el comercio. Se han adoptado varios instrumentos legales para controlar y detener la corrupción tras el nacimiento de un movimiento global anticorrupción durante las últimas tres décadas. Sin embargo, debido al carácter no vinculante de la mayoría de ellos, su aplicación es voluntaria. Por otro lado, los contratos comerciales internacionales necesitan una herramienta exclusiva para controlar este peligroso fenómeno. Una cláusula anticorrupción es una poderosa salvaguarda designada a tal efecto para combatir la corrupción. Sin embargo, depende de cómo las partes diseñen, redacten y apliquen la cláusula. Además, la sola presencia de esta cláusula en el contrato no es suficientemente eficaz. Una de las organizaciones que publicó un conjunto de modelos de cláusulas anticorrupción es la Cámara de Comercio Internacional. La Cláusula Anticorrupción 2012 de la CCI puede aplicarse a cualquier contrato. Las cláusulas anticorrupción protegen la confianza entre las partes contratantes y garantizan la fiabilidad de la otra parte a lo largo de las diferentes fases del contrato. También prevén posibles acciones correctivas en caso de infracción. Sin embargo, el primer paso es reunir pruebas fiables. El papel de los denunciantes en este sentido es innegable. Además, un sólido programa de cumplimiento corporativo puede apoyar las disposiciones anticorrupción a lo largo de las distintas fases del contrato. La lucha contra la corrupción es un proceso a largo plazo, pero el resultado obtenido salva vidas.

Palabras claves: Contratos internacionales | Corrupción | Cláusula anticorrupción de la CCI 2012 | Contrato comercial | Denuncia de irregularidades | Cumplimiento corporativo.

The effect of the anti-corruption clause on international commercial contracts

Abstract: Corruption is a death machine that constantly attacks the world of business and trade. Several legal instruments have been adopted to control and stop corruption following the birth of a global anti-corruption movement during the past three decades. However, due to the non-binding nature of most of them,

their application is voluntary. On the other hand, international commercial contracts need an exclusive tool to control this dangerous phenomenon. An anti-corruption clause is a powerful safeguard designated for this purpose to combat corruption. However, it depends on how the parties design, draft, and enforce the clause. Moreover, the sole presence of this clause in the contract is not efficient enough. One of the organizations that published a set of anti-corruption clause model is the International Chamber of Commerce. ICC Anti-Corruption Clause 2012 is capable of being applied to any contract. Anti-corruption clauses protect trust between contracting parties and guarantee the other party's reliability throughout different contract phases. It also provides for possible remedial actions in case of infringement. However, the first step is gathering reliable evidence. The whistleblowers' role in this regard is undeniable. Furthermore, a robust corporate compliance program can support the anti-corruption provisions throughout various contract phases. Fighting against corruption is a long-term process, but the achieved result is life-saving.

Keywords: International contracts | Corruption | ICC Anti-Corruption Clause 2012 | Commercial Contract | Whistleblower | Corporate compliance.

I. Introduction

In the global business sphere, corruption can play the role of a threatening enemy that destroys the reputation of significant actors and taints the commercial transaction. Corruption does not have an impact only on trade and commerce. It also puts an end to the story of ethics and morality. Besides social and ethical issues, corruption spoils the safe competition between business actors. It contaminates the contractual relationship while parties are in a joint agreement. Another side effect of this deadly virus is killing the trust between people and governments. It affects the world of business and the relationship between commercial actors. Moreover, it can lead to severe crimes which harm the whole society.

Nowadays, there is international concern about the adaption and enforcement of anti-corruption legislation at the domestic and global levels. The international movement against corruption needs the countries, entities, and private business actors to comply with anti-corruption programs rapidly. However, this is not the entire story. Even though many countries and international organizations have taken enormous steps to curb corruption during the last decade, few successes have been reported. It may be because while leaders have the necessary means to launch successful policies against corruption, they have little incentive to do so. They are often the ones who stand to gain the most from rents in a corrupt system.¹ Therefore, the political context must not be disregarded in the fight against corruption. Recognizing a country's specific political and economic situation is vital to combat this enemy. No one can find a similar strategy to efficiently fight against corruption in every state. Most of the time, National NGOs and civil society organizations have the best information about the situation in their countries. They have a better perception of the safest and most efficient ways to engage in anti-corruption projects.

There seems to be a consensus that battling corruption is a task too big to be met by criminal law alone. Other branches of law must also play a key role in this fight. Therefore, real contract law issues are at stake when contracts are tainted with corruption. The problems need to be addressed to protect victims

¹ Bo Rothstein, "Anti-Corruption: A Big-Bang Theory," *QoG Working Paper*, no. 2007 (February 2009): 7, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1338614>.

and, at the same time, deter potential wrongdoers.² One of the best ways to combat corruption and secure a financial relationship is by drafting an anti-corruption clause in commercial contracts. A business relationship between different parties cannot be entirely safe if there is no safeguard to prohibit corruption from contaminating the contractual relationship. With an effective corporate compliance program, the anti-corruption clause can play a significant role in prohibiting corrupt practices. This article's central focus is on the ICC Anti-corruption Clause 2012. It is worth mentioning that before ICC Model Clause, there was not any specific international instrument demonstrating how an anti-corruption clause should be designed. ICC Model Clause shows how an anti-corruption clause can affect different phases of the contract and what kinds of legal features it has. This article frames a clear picture of an efficient anti-corruption clause in the international contract.

II. International legal framework against corruption

1. Notion of corruption

What is the precise definition of corruption? There is no universally recognized meaning to the term corruption, so the widespread condemnation of corruption is deceiving. In fact, a nearly infinite number of actions could be described as "corrupt"; however, at a legal level, an entirely different analysis may be required for each case. Thus, defining its subject matter is one of the most critical challenges facing the anti-corruption movement. There are many obstacles to overcome for each concept of corruption. The first challenge is national borders. It means that what may be unproblematic in one state can result in severe punishment in other regions. The second challenge concerned the inter-disciplinary boundaries. Therefore, corruption is not just a legal topic but is extensively researched in many scientific fields. The last obstacle is the intra-disciplinary boundaries. In this regard, different law branches have different perspectives to consider. Therefore, a working definition that fits the discussion of criminal law aspects of corruption might not be appropriate for the respective discussion of private law, tax law, or public procurement. Instead of providing a general definition of corruption for specific aspects of private law, it is interesting to examine which types of corruption courts, and arbitral tribunals typically en-

² Michael Joachim Bonell and Olaf Meyer, eds., *The impact of corruption on international commercial contracts* (New York: Springer, 2015), 1.

counter when determining international commercial contracts.³ Therefore, it is impossible to have an exact definition at the international level. Because corruption can be defined and interpreted under many factors such as culture, language, law, and customs. However, a simple, narrow, and traditional definition of corruption is misusing or abusing public power for personal gain. Corruption has many forms and categories, and it can happen in the public or even private sphere. Nowadays, scholars view corruption as a broader phenomenon instead of emphasizing public corruption. Their definition covers private corruption between individuals engaged in commercial activities. From this perspective, these cross-cultural phenomena are acts of misusing power for personal gain. Due to this definition, private agents are also subject to this responsibility.⁴

2. Development of existing international legal framework against corruption

Corruption has always existed in the context of international commercial relationships. However, it has only been quite recently that several joint initiatives have been launched to deal with this widespread disease.⁵ The current International anti-corruption legal framework has resulted from 20 years of efforts by various international organizations. There has been a starting point for the development of this legal framework. An International anti-corruption movement that shaped the current legal framework against corruption can be categorized into two periods. The first movement is five years, from 1975 until 1980. The first international organization to discuss corruption publicly was the United Nations (UN). And it did so before the anti-corruption movement developed. The UN's General Assembly adopted a resolution calling for international cooperation against corruption and bribery in international commercial transactions as early as 1975. However, since other institutions failed to follow suit, the resolution remained just a paper tiger.⁶ In comparison, the second international movement started in 1995 and continues to our present time.⁷ The result of the first global

³ Bonell and Meyer, *The impact of corruption on international commercial contracts*, 5.

⁴ Daniel Kaufmann, "Myths and Realities of Governance and Corruption," *World Bank* (2005) Ch 2.1: 82, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.829244>.

⁵ Bonell and Meyer, *The impact of corruption on international commercial contracts*, 33.

⁶ Dan Hough, *Corruption, Anti-Corruption and Governance* (London: Palgrave Macmillan London, 2013), 37.

⁷ Padideh Ala'I, "Controlling Corruption in International Business: The International Legal Framework Knowledge for Sustainable Development: An Insight into the Encyclopedia of Life Support Systems." *Working Papers* 45 (2002): 1, <https://rb.gy/xpgcio>.

anti-corruption movement was two resolutions. The first outcome was a need for international action to combat corruption and bribery. The second result was a demand to criminalize the illegal payments in transnational commercial activities.⁸ In the heart of the first international movement against corruption, an American national effort to combat bribery was an excellent motivation for developing the anti-corruption legal framework in the world. By adopting the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) in 1977, US Congress has generated the first legal statute to prevent transnational bribery. FCPA only covers the corrupt practices in the commercial context.⁹ This legal statute contains both anti-bribery provisions and accounting transparency requirements.¹⁰ US Department of Justice and the US Securities and Exchange Commission are American leaders in the international fight against corruption which are jointly responsible for enforcing the FCPA.¹¹ As a result of adopting FCPA, there is a high demand for Corporate Compliance Programs by any organization involved in legitimate business in a foreign country. These compliance programs are designed to detect and prevent corrupt payments to government officials. The term "corporate compliance program" refers to a formal plan laying out policies, procedures, and actions an organization uses to prevent and detect potential criminal or civil violations of laws and regulations. It extends beyond a corporate code of conduct since it is an operational program rather than merely ethical guidelines.¹² An effective corporate compliance program is beneficial. Not only can it reduce the risks of corruption, but also it protects the organization's good reputation in the event of any corrupt action by individuals.¹³ It is true that the road to building an effective compliance program is long and never-ending. The Department of Justice (DOJ) provides a comprehensive description of a program's structure, known as the

⁸ Ala'I, "Controlling Corruption", 5-6.

⁹ Jan Wouters, Cedric Ryngaert and Ann Sofie Cloots, "The International Legal Framework Against Corruption: Achievements and Challenges," *Melbourne Journal of International Law* 14, no.1 (2013): 205. <https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/agispt.20133030>.

¹⁰ Christopher Cook, Stephanie Connor, "The Foreign Corrupt Practices Act: An Overview," *New York, NY: Jones Day*, January 2010, <https://rb.gy/i0mnpd>.

¹¹ The United States department of justice, "An overview on the foreign corrupt practices Act", Updated February 3, 2017, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>.

¹² Ron Kral, "Effective Corporate Compliance Programs." *Corporate Compliance Insights*, December 3, 2010. <https://rb.gy/gvxx2d>.

¹³ Cook and Connor, "The Foreign Corrupt Practices Act".

Guidelines for an Effective Compliance Program, and published this most recent update in June 2020.¹⁴

Compared to the first anti-corruption movement, the second movement, which started in 1995 until current days, viewed corruption as an economic problem rather than a political or moral one. During this period, scholars tried to focus on how corruption can affect economic development in a harmful way. The second movement, enriched by the previous movement, had successful outcomes. Due to the second movement in the first years of its existence, two international conventions were concluded to combat bribery and corruption. The first convention was The Inter-American Convention against Corruption (OAS Convention) in 1996. The second one was the Organization for Economic Development Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (The OECD Anti-Bribery Convention) in 1997. The OECD Anti-Bribery Convention is a set of legally binding standards that criminalizes bribery of foreign public officials in international business transactions and encompasses several measures that enable this to be effective. The initiative is the first and only international anti-corruption instrument to focus on bribery's 'supply side.'¹⁵ It is the only international legally binding instrument among the key anti-corruption documents introduced by the OECD.¹⁶ The recent 2021 recommendation published by the 'OECD working group on bribery' accompanied the previous recommendation in 2009. In this new recommendation, the signatories agree to take further measures to strengthen their efforts to prevent, detect, and investigate foreign bribery.¹⁷

Some of the other efforts in the second movement led to the birth of the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption and the Council of Europe Civil Law Convention on Corruption, both in 1999 and the United Nations Convention against Corruption of 2003.¹⁸ Besides, voluntarily adopting codes of conduct in MNEs, international civil society groups' supports, and

¹⁴ "The Current State of Compliance Program", Integrated Compliance Management: The Future of Compliance Programs, *GAN Integrity*, <https://learn.ganintegrity.com/nur-006-evgrn>.

¹⁵ "OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions." Organization for Economic Co-operation and Development, <https://rb.gy/wbbkty>.

¹⁶ "Key OECD anti-corruption documents." Organization for Economic Co-operation and Development, <https://www.oecd.org/corruption/keyoecdanti-corruptiondocuments.htm>.

¹⁷ "2021 OECD Anti-Bribery Recommendation." Organization for Economic Co-operation and Development, <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/2021-oecd-anti-bribery-recommendation.htm>.

¹⁸ Bonell and Meyer, *The impact of corruption on international commercial contracts*, 33.

adopting different initiatives by the United Nations were other outcomes of anti-corruption movement.¹⁹ It is undeniable, however, that in addition to criminal law sanctions, the civil law consequences, including the invalidation of corrupt contracts and the possible loss of any contractual or restitutionary remedies arising from them, may under certain circumstances prove to be equally or even more effective at combating corruption.²⁰

However, are these activities sufficient to curb corruption? Definitely, no. A major obstacle in evaluating the efficiency of anti-corruption initiatives is the difficulty in quantifying corruption. Current anti-corruption movements are mainly theoretical and analytical, ignoring the importance of actual data and numbers. Consequently, even though innovative and exciting anti-corruption programs are implemented, it is difficult to pinpoint their success or failure. A new methodology is needed to quantify and analyze corruption to ensure best practices are implemented to combat the problem.²¹ Furthermore, it has long been established that transparency alone is insufficient for successfully tackling the issue of corruption globally. The scholars are still frustrated that many countries with transparency initiatives and right to information laws still arrest activists and civil society members. In addition, the element of transparency will be practical when related data is open, accessible, and used effectively. Unfortunately, there is a gap between the availability of data and its practical use in fighting corruption. Data disclosure alone is not sufficient. As a first step, data must be readily available in machine-readable formats that citizens and civil society can independently analyze. A second step is for the activists to use each data within its original region's unique political and economic context. Hence, it was discussed in the previous subsection that there is no exact definition of corruption due to international differences; there is also no single strategy to combat corruption effectively in every country. As a result, international actors must be aware of the political context of the countries in which they operate.²²

¹⁹ Ala'I, "Controlling Corruption," 7.

²⁰ Bonell and Meyer, *The impact of corruption on international commercial contracts*, 33.

²¹ International Budget Partnership, "What's missing in the Fight against Corruption?," September 26, 2017. <https://www.internationalbudget.org/2017/09/whats-missing-in-the-fight-against-corruption/>.

²² International Budget Partnership, "What's missing."

III. Specific introduction to an anti-corruption clause (ICC Model)

1. The history of development and origination of ICC Anti-Corruption Clause 2012

As discussed in the previous chapter, there is still a long way to curb corruption. However, an anti-corruption international legal framework helped companies and states control the corruption in the world sphere. Also, national laws like the UK Bribery Act (2010) or FCPA help countries that had a business related to the UK and USA fight against corruption. For example, this new UK law is not limited to foreign bribery. The British government developed a national and an international code of conduct against bribery.²³ However, the absence of a legal tool that explicitly regulates the contracts was visible. Generally speaking, contracts are an essential part of every business transaction. Without contracts, negotiations are worthless. Given the enormous economic importance of international commercial contracts, it is surprising that so little attention has been paid to the legal analysis of these agreements.²⁴ For many years, the only preventive action in drafting a contract was implementing the anti-corruption laws or companies' code of conduct. However, there was no guarantee that the parties would comply with the rules or follow those policies. Therefore, it was essential to create a balanced contractual tool for fighting corruption internationally. Finally, the International Chamber of Commerce (ICC) originated the first global Anti-Corruption Model Clause in 2012. ICC Anti-corruption Clause 2012 results from the joint effort by two ICC Commissions: The Commission on Corporate Responsibility and Anti-corruption; and The Commission on Business Law and Practice.²⁵

ICC has had a solid and efficient character in taking action against corruption. This battle can be seen in many forms by adopting the relevant documents. Jean-Guy Carrier, ICC Secretary General, discussed the development of the ICC anti-corruption movement and the reason behind the origination of the ICC anti-corruption clause in the Foreword of this legal tool. Carrier explains that "ICC became the first International organization that issued the rules to con-

²³ Keith Thompson, "Does Anti-Corruption Legislation Work?," *Int'l Trade & Bus. L. Rev.*, no. 16 (2013): 112, HeinOnline.

²⁴ Bonell and Meyer, *The impact of corruption on international commercial contracts*, 3.

²⁵ Lauri Railas, "Contractual Tool for Anti-Corruption has Launched: a Summary of the ICC Anti-corruption Clause 2012," *World Service Group*, February 2013, <https://rb.gy/qxrugx>.

demn all forms of corruption and urged the companies to put preventive measures to ban corruption from their transactions.”²⁶ It has happened by adopting the ICC Rules on Combating Corruption in 1977. This set of rules which the ICC Commission prepared on Corporate Responsibility and Anti-corruption, was rewritten in 2011. To complete their work, ICC issued Model Clause one year after to help business actors “incorporate the newly revised ICC Rules on Combating Corruption 2011”²⁷ in their agreements, in whole or by reference. In the words of the ICC Secretary-General, the aim of adopting the 2012 ICC Model Clause is “to create trust and prevent the contractual relationships from being affected by the corruptive practice.”²⁸

ICC Anti-Corruption Clause consists of three sets of the model clause classified as options I, II, and III. Somehow, the first two options have the exact nature. Option I is a short text with the incorporation method referencing Part I of the ICC Rules on Combating Corruption 2011. While Option II offers a model clause incorporating the full text of the same section of the ICC Rules on Combating Corruption 2011 in the contract.²⁹ Option III is different from those options in nature and time. It has a sanction mechanism, and it was included in the last days of preparation of the ICC Anti-corruption clause. Option III is designed to reference a corporate anti-corruption compliance program described by Article 10 in the 2011 ICC Rules.³⁰

It is reasonable to mention that ICC Clause is soft law independent of any national law but has counterparts in the legislation of most countries.³¹ ICC Clause is adopted based on two purposes. The first purpose is to create trust between parties. The second one is “achieving a balance between the interest of Parties to avoid corruption and their need to ensure the attainment of the objectives of the Contract.”³² There are no black and white features when analyzing ICC Clause as a model clause that many firms can follow. There are advantages of implementing them on the one side and critical aspects on the other. Disad-

²⁶ Jean-Guy Carrier, Foreword of *ICC Anti-corruption clause 2012* (Paris: International Chamber of Commerce, 2012), 1, <https://rb.gy/d3rozg>.

²⁷ Carrier, Foreword, 1.

²⁸ Carrier, Foreword, 1.

²⁹ Railas, “Contractual Tool”.

³⁰ Railas, “Contractual Tool”.

³¹ Railas, “Contractual Tool”.

³² International Chamber of Commerce, *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, <https://rb.gy/d3rozg>.

vantages or black points are products of binding rules. However, the concerns are entirely different when we talk about soft law and recommendations.

2. **Influence of specific legal system on ICC Anti-Corruption Clause 2012**

ICC Anti-Corruption Clause is an international legal tool. It is complicated or ambiguous to label the international regulation as completely influenced by specific legal language. Drafting an international set of rules with a global spirit is not done by an individual country or the legal system. Admittedly, UK Bribery Act 2010 or FCPA is born from the Common Law system; however international instruments are not categorized according to their original system. The rational analysis considers whether the wording of the ICC Clause echoes the language of any previous legal instruments, or the taste of any specific section is similar to a particular doctrine in a legal system. While we cannot discuss the issue of influence, we can elaborate on the subject in another way. The language of Paragraph one in both options I and II reflect the same language in two anti-corruption conventions. These two conventions are the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (1997) and the United Nations Convention against Corruption (2003).³³

Another issue about the ICC Anti-corruption Clause is that it is built on the doctrine of good faith. Paragraph one in options I and II of the Clause mentions this issue. Also, the doctrine of good faith exists under the elements of an excellent corporate anti-corruption compliance program, as described in Article 10 of the 2011 ICC Rules on Combating Corruption. As mentioned earlier, Option III of the ICC Clause is made about Article 10 of 2011 ICC Rules on Combating Corruption.³⁴

Generally speaking, the doctrine of good faith is an abstract term that means contracting parties should act honestly and without any fraud. This concept is well accepted under the Civil Law system and European law. Although the doctrine of good faith is a more civil law concept, it is also located under Common law jurisdictions. However, the implication of this concept by Common law judges in commercial litigation is broad and general.³⁵ Therefore, per-

³³ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 7.

³⁴ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 7.

³⁵ Sana Mahmud, "Is There a General Principle of Good Faith Under English Law?," *Fenwick Elliott*, November 8, 2016, <https://rb.gy/g27n2h>.

haps we can infer that ICC Anti-corruption Clause 2012 has a civil law frame or is more European for two reasons. Firstly, the International Chamber of Commerce is located in Paris, France. Secondly, the concepts of this legal model clause are closer to the Civil law concepts.

IV. Effect of anti-corruption clause on different phases of the contract

1. Effects on pre-contractual phase

To discuss the effect of the anti-corruption clause on different phases of the contract, ICC Model Clause is a suitable example. In the introductory note of the ICC Anti-corruption Clause 2012, the general aim of adopting this legal tool is appropriately discussed. The purpose of the Clause is to “provide the parties with a contractual provision that will reassure them about the integrity of their counterparts.”³⁶ These contractual obligations exist not only during the enforcement of the contract but also during the pre-contractual and post-contractual periods.

Paragraph one of both Options I and II of the ICC Anti-Corruption Clause is relevant to the pre-contractual phase. Trust and integrity are the critical notions in this paragraph. Integrity is the main element in every business relationship and plays a significant role in pre-contractual negotiations. There are two issues that contracting parties want to be sure about them during a pre-contractual period. Firstly, in the preparation phase, parties want to ensure that no traces of any forms of corruption exist directly or indirectly while negotiating or drafting the contract. Secondly, effective preventive measures to avoid any corruption in this phase are crucial. Each party wants to be sure that the other side is taking care of the contract by applying anti-corruption safeguards to “avoid that one of the other Party’s subcontractors, agents, or other third parties engages in corrupt practices.”³⁷ The best preventive measure to avoid corruption in the pre-contractual phase is adopting an effective corporate compliance program suitable for the particular situation of the contract. One of the effects of the Anti-corruption clause on the pre-contractual phase is protecting the contract from contamination by corrupt practices. ICC Clause tries to build a resistant castle and rescue the contractual relationship from ending while the parties are still in

³⁶ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 2.

³⁷ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 7.

the pre-contractual phase. Paragraph 1 of Option I and II covers ten kinds of corrupt practices which can be prevented in the pre-contractual phase by adopting an anti-corruption clause. This list contains:

1. Active and passive corruption (extortion or solicitation)
2. Bribery
3. Trading in influence
4. Corruption of public officials
5. Private-to-private corruption
6. Corruption in the national, local, or international sphere
7. Corruption with or without the use of intermediaries
8. Bribery with money or through any other form of undue advantage
9. Bribery with or without laundered money

In conclusion, the effects of the Anti-corruption clause on the pre-contractual phase are building a genuine contractual relationship between the parties, trying to protect the contract, and avoiding a variety of corrupt practices by including them in the wording of the clause.

2. Effects on post-contractual phase

Paragraph two of Options I and II in the ICC Anti-Corruption Clause affects contractual and post-contractual periods. By this part of Clause, parties agree to avoid any forms of corruption during the lifetime of the contract and after its execution. It means that parties have to ensure each other that nothing will be obtained illegally or corrupt in any phase of the contract. Also, they have to prevent the other related third parties from any corrupt practice during these phases. However, the parties' non-corruptive undertaking differs from the undertaking of the third parties. The responsibility of the contracting parties to prevent the third parties from practicing corruption is limited to applying preventative measures. According to ICC Anti-Corruption Clause 2012, these reasonable precautions are: "instructing subcontractors, agents and other third parties neither to engage nor to tolerate that they engage in any corrupt practice; not using them as a channel for any corrupt practice; hiring them only to the extent appropriate for the regular conduct of the Party's business and not paying them more than a suitable remuneration for their legitimate services."³⁸

³⁸ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 9.

As a result, the importance of the anti-corruption clause and its implications on the different phases of the contract is undeniable. However, it is best to draft this clause properly so that everyone understands its actual effect. How an agreement and its clauses are outlined has a significant impact on the execution phase and during the pre-and post-contractual stages. It is impossible to invoke a null and void clause during the performance period. Consequently, if the contracting parties are willing to avoid corruption during their contractual relationship, they must ensure that the anti-corruption clause is appropriately drafted.

3. Effects on balance of power

The balance of power between contracting parties is always a concern. During the negotiation phase, the contracting parties seek maximum control and include favorable provisions in the contract. Every provision can affect the overall power distribution between the parties. As a result, the more powerful party is likely to benefit more from the agreement. Companies sometimes assume that if they do not pay the bribe, the other side will. Thus, they try to manipulate markets and contractual relationships to obtain more power. Although corruption may be an easy shortcut, its detrimental effects will undermine contractual agreements. By including the anti-corruption clause in the contracts, everyone has equal power in this context. By including an anti-corruption clause in commercial contracts, the more vulnerable party is guaranteed not to suffer from an unfair balance of power caused by corruption. In this way, the weaker side ensures that the unbalanced power distribution has some other reason than bribery. As a result, the parties feel they are all on the same level, and any power imbalance originates from the imbalance in bargaining power. It is an issue that arises in every contractual relationship, and as long as duress and coercion are not involved, the parties can resolve it safely.

4. Effects on enforcement of the contract

Contract enforcement is one of the leading pillars of the contract law. Generally speaking, an enforceable legally valid contract consists of the variety of promises which both sides of the agreement should fulfill. If the parties perform their duties, the contract is enforced. Presence of Anti-corruption clause assures the individuals that no corruptive action is involved in the phase of performance. If so, the contract is breached, and the innocent party can ask for damages. Even if all of the duties are fulfilled because they are performed by aids of corruption the contract is void. Anti-corruption clause helps the contract

to be enforced in a legally binding way. It guides the parties to understand pure performance is not sufficient in executing the agreement. How to perform and by which methods and aids are also crucial and compelling.

V. *Critical aspects of anti-corruption clause*

1. *Regarding drafting*

Generally speaking, a contract is a legally binding agreement between two or more parties that determines each party's obligations. These obligations might require the parties to do certain things or prevent the parties from doing certain things.³⁹ A variety of legal elements should be considered in drafting a contract. A valid contract needs explicit provisions. Explicit provisions show who the actors are, the rights and duties, and how the contract should be performed. In addition, they explain what the prohibitions are and how they can be managed if any wrong action occurs.

The structure of international commercial contracts is the same as any other contract. Parties consider some issues when drafting an effective anti-corruption clause in an international commercial agreement. Firstly, who is covered under this clause? Contracting parties are the only definite answer. However, what about the third parties? The company requires that its agents and similar intermediaries conform to anti-corruption provisions. Still, in other associations (such as suppliers, consortia, and joint ventures), the company may have insufficient power to insist on conformity to all elements of its anti-corruption safeguards. It may have to rely more heavily on due diligence for selecting the right employees.⁴⁰ The company must draft the contract and anti-corruption clause in a way to guarantee that third parties will comply with anti-bribery and corruption laws. An excellent example of controlling third parties is when some companies apply additional provisions for high-risk intermediaries interacting with the government. These provisions include detailed record-keeping requirements for meetings with officials and gifts and hospitality.⁴¹

³⁹ George Raptis, "What To Consider When Drafting a Contract?" *Legal Vision*, Updated November 1, 2021, <https://legalvision.com.au/consider-drafting-contract/>.

⁴⁰ "Managing Third Parties, 13.3.5 Contract." Global Anti bribery guidance: *Transparency International UK*, <https://www.antibriberyguidance.org/guidance/13-managing-third-parties/guidance#10>.

⁴¹ "Managing Third Parties, 13.3.5 Contract."

Secondly, in drafting an anti-corruption clause, another critical aspect is identifying the prohibited actions. The first step is looking at the type of business or commercial activity subject to the contract. The clause can refer to any undue advantage in a general concept or specifically to bribery or any specific kind of corruption.

Thirdly, the presence of an active corporate compliance program at the beginning of the performance of the contract is crucial. This issue should be mentioned in the wording of the anti-corruption clause. It refers to what ICC Anti-Corruption Clause 2012 talks about applying reasonable preventive measures.⁴² Moreover, article 10 of the ICC Rules on Combating Corruption 2011 lists 16 elements of a Corporate Compliance Program.⁴³ This article mentions that each entity is free to choose the preventive measures from this list that it considers the most suitable and proper prevention of corruption in specific circumstances.⁴⁴

A key aspect of drafting a strong anti-corruption clause is to make sure that it is enforceable. Being poorly drafted is not only about the literature of the contract. It involves other factors which should be investigated during the negotiations. In addition to the critical aspects of drafting, the enforceability of the clauses is equally important.

2. Regarding enforcement

The enforceability of the anti-corruption clause in international commercial contracts is vital for protecting the contractual relationship. Enforcement of anti-corruption provisions enhances the predictability of business relations and reduces ambiguity by assuring the parties that corruption will not taint the ongoing contract. If anti-corruption provisions are not enforced, it stands as a barrier to business. To illustrate the enforcement aspect of the anti-corruption clause, the ICC model clause 2012 is an excellent example. The ICC anti-corruption clause is meant to be a balanced alternative that is neither particularly difficult for any parties nor creates unexpected consequences through its exploitation for commercial purposes. However, the enforcement of these clauses may cause some problems in some states. Consider this hypothetical case: In a contract

⁴² *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, p 3.

⁴³ International Chamber of Commerce, *ICC Rules on Combating Corruption 2011*, art. 10, <https://rb.gy/4qyxgl>.

⁴⁴ *ICC Rules on Combating Corruption 2011*, art. 10.

between two entities or one entity and a public sector, the presence of an anti-corruption clause is necessary at the request of one side. However, on the other hand, the requesting party does not respect the nature and requirements of this provision by not supervising its personnel or other third parties. As the anti-corruption clause binds both parties regardless of their status, there should be no appeal to the provision if the invoking party also breaches ICC Rules. This issue is not discussed in the ICC Clause but follows the general principles of contract law, such as the doctrine of good faith.⁴⁵ The hidden facts and features of this clause can be unveiled by reviewing breached contracts. However, the subject of the anti-corruption clause does not have many concluded legal cases. Also, if any exists, there is almost no access to the resources due to confidentiality.

VI. Remedies for infringement of anti-corruption clause

1. Evidence of infringement and the role of whistleblowers

The first step to remedy the infringement of the anti-corruption clause is to gather the relevant evidence. Contractual audit rights allow the innocent party to gather evidence of a contracting partner's violation. In commercial contracts, audit right clauses enable the contracting party to investigate the partner's documents. It is also possible to collect evidence of a breach by requesting that the breaching party voluntarily remedy its noncompliance with the anti-corruption clause. In some cases, however, the contracting party may not be aware of a practice of corruption among the contracting partners or related third parties. In this situation, whistleblowers can play a significant role in obtaining evidence of corruption and announcing it publicly. Whistleblowing is an anti-corruption tool. It is mainly demonstrated as an element of free speech and the right of individuals to express dissent.⁴⁶ Some scholars describe whistleblowing as a non-obligatory public action. Others involve whistleblowing with employment and define it as "The reporting by employees or former employees of employers' illegal, irregular, dangerous or unethical practices."⁴⁷ Meanwhile, some legal scholars

⁴⁵ Railas, "Contractual Tool".

⁴⁶ David Banisar, "Whistleblowing: International Standards and Developments", in *Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society* (Washington D.C.: World Bank-Institute for Social Research, UNAM, 2011), 1, 3, <https://ssrn.com/abstract=1753180>.

⁴⁷ Banisar, "Whistleblowing", 4.

argue that whistleblowing is a potential option for employees to report workplace misconduct.⁴⁸

A whistleblower is a person who knows illegal activities such as corruption, bribery, or fraud within an organization. They can be an employee, supplier, contractor, client of that organization, or any other person outside the organization who becomes aware of wrongdoing. The whistleblower can expose wrongdoers internally or externally. A whistleblower who reports a crime to people inside the organization, such as senior officers, is acting as an internal whistleblower. The whistleblower may also come under the category of external whistleblowing if he or she reports misconduct to the media, government, or police outside the organization. Nowadays, whistleblowing laws are becoming more widespread in the world. This is still a relatively new phenomenon. Although around thirty countries have adopted national whistleblowing laws, only a few numbers of them have attempted to enact legislation that has general application. In many countries, the rules are limited in scope and provide few protections. The issue of disclosure receives aggressive feedback from many states or companies. Due to this circumstance, whistleblowers are constantly afraid of losing their jobs or even their lives. Hopefully, international pressure will push states to adopt effective whistleblowing laws and practices. It is unavoidable that effective whistleblowing laws will help the international fight against corruption combat this global crisis.⁴⁹

2. Possible remedial actions

A violation of the anti-corruption provision or participation in corruption will generally have severe repercussions. The most common remedy is imposing criminal and civil sanctions on persons engaging in corruption. State governments have passed various laws and regulations in response to the international movement against corruption which was developed by adopting hard and soft law instruments. The objective was to punish the wrongdoers and compensate the innocent party. However, sometimes infringement of the anti-corruption clause cannot be remedied. It is due to the fact that the contracting parties never proceed to court but instead try to solve the issue within the business using some relational remedies. Moreover, this fact also raises one concern, which is why we

⁴⁸ Banisar, "Whistleblowing", 4.

⁴⁹ Banisar, "Whistleblowing", 54.

do not have many cases of corruption that have been concluded. Relational remedies mean that the name of the breaching party or the firm they represent will be added to the blacklist in the world of business. Due to their corruption, they cannot engage in business transactions for a prolonged period and suffer severe consequences. It may not be an entirely satisfactory solution. Nevertheless, it has a sanction feature, and when combined with the appropriate treatment, it can have a high impact. As a result, it benefits businesses and innocent parties and fights against corruption in financial transactions. ICC Model Clause 2012 provides more details about the remedy for infringement of the anti-corruption clause. Specifically, the model clause outlines the necessary remedies which can be taken by the breaching party. It includes a variety of actions such as:

providing cooperation in evidentiary action in conducting an examination or calling for an external audit of the incident, issuing warnings, reorganizing work, terminating sub-contracts or contracts of employment with persons or employees involved in corruption, or correcting the detrimental economic effect on the other Party of any proven non-compliance by, for example, adjusting the amount of the price of the Contract.⁵⁰

ICC's Anti-corruption clause also discusses two other issues under possible remedial actions. In the first place, the remedy relates to the seriousness of the violation. Without knowing the nature and situation of the case, it is impossible to discuss what kind of remedial action is sufficient.⁵¹ Furthermore, in some cases, the appropriate remedy is to provide counterevidence, which states that there is no breach of the anti-corruption clause in the contract. As a result, the innocent party is aware that the other party is taking steps to correct the situation.⁵² While it is accepted that the breaching party cannot correct all of the infringement, it still needs to rectify the non-compliance as much as possible.⁵³

It is crucial to ask whether the infringement of the anti-corruption clause is a fundamental breach. Usually, a fundamental breach of contract occurs at the core of the contract and gives the innocent party the right to terminate it. As a consequence of a fundamental breach, the infringing party denies the innocent party the actual benefit they should otherwise receive from the contract's execu-

⁵⁰ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 9.

⁵¹ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 9.

⁵² *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 9.

⁵³ *ICC Anti-Corruption Clause 2012*, 9.

tion. This event shakes the foundations of the contract and has serious consequences. Do the same consequences occur if an anti-corruption clause is breached? In a nutshell, yes. Any infringement of those provisions can result in termination or suspension of the contract. There has been a fundamental breach of contract because corruption makes the relationship impossible to continue. The wording of the anti-corruption clause illustrates how corruption can undermine the spirit of the agreement.

It is wise to note that there is typically an arbitration clause after the anti-corruption clause in the contract. It means the breach of the anti-corruption provision will bring the case to arbitration, and the contractual relationship will end. Therefore, if the anti-corruption clause is efficiently drafted in a contract, there is hope for a better future with a low rate of corruption in the business world.

VII. Conclusions

Close your eyes for a second and think about the destructive nature of bribery and corruption for all. This fatal disease has consequential effects on every part of the economy and society. Although the term corruption covers a broad range of human malpractices, bribery is one of the main tools of corruption. Establishing a solid partnership between different business actors and all economies in the world sphere is vital. Various anti-corruption tools exist, providing individual and collective actions to prevent and sanction these malpractices. Governments also have an incredibly significant duty. Corruption is harmful to development. Governments are led to interfere where they should not, and they are hindered from enacting and implementing policies where government involvement is essential. Governments must strengthen their operations and cooperate in combating corruption. During the last 100 years, many international and regional anti-corruption treaties have been adopted. Despite their shortcomings, all of them have positive aspects. However, the most critical question is: are these global and regional treaties impacting the business world's decrease in corruption? In reality, most of the anti-corruption instruments are soft laws. Also, some of the regional anti-corruption does not affect the condition of that region. Some of them are very young without any positive impact. The issue can be worse for areas with no anti-corruption instruments. Therefore, the business world needs another preventive measure to tackle this problem.

The anti-corruption clause is essential in every commercial contract. However, the actual function of this provision would be evident when it is combined

with a robust anti-corruption compliance program. All MNEs have an internal code of conduct, but how much are they preventive in reality? How much can they play a significant role in combating the corruption in entities? They are different anti-corruption compliance programs globally that companies can follow. Besides these programs, technology also helps companies to fight against corruption. If corruption can appear in every shape, we can combat it differently. Taking reasonable steps from the first point, such as: carefully drafting a contract, introducing an efficient corporate compliance program, applying preventive measures, and holding a monthly or annual meeting with staff, help the companies live in a business world without corruption. If the parties in the contract know how much corruption is harmful to their business character in the economic world, they will make the best effort to draft the most efficient anti-corruption clause. Admittedly, one action cannot solve a fundamental problem, even if the work taken is compelling. Corruption is a problem that cannot be resolved internationally while still alive at the domestic level. Every country has a crucial role in combating corruption. No matter how large or small, every company has an active effect on this journey. Every person can change this situation, and every contract matters because corruption can be challenged and vanish if every individual, no matter in what political or financial position, wishes so.

Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales

Daniel Pérez Pereda*

pp. 137-156

Invitado: 06 ago 2022

Sumario

I. Introducción | II. La “confiscación” o “expropiación” de empresas en Venezuela | III. La “confiscación” o “expropiación” de empresas como una vulneración de los derechos humanos y su denuncia por ante organismos internacionales | IV. Conclusiones

* Abogado. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, Universidad Central de Venezuela y del Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Miembro Fundador y Director de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales

Resumen: Las “confiscaciones” o “expropiaciones” de empresas en Venezuela marcó el escenario comercial entre el año 2000 a 2012, especialmente de compañías dedicadas a la producción, abastecimiento, distribución y demás actividades conexas del sector alimenticio, lo cual atendió a políticas públicas que han conllevado a la vulneración de un conjunto de derechos humanos reconocidos como fundamentales por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, particularmente el derecho de los consumidores y el derecho a la alimentación. Se precisa el análisis de estas situaciones a los fines de denunciar ante los organismos internacionales.

Palabras claves: Confiscación de empresas | Expropiación de empresas | Derecho a la alimentación | Derechos de los consumidores.

The “confiscations” or “forced expropriations” of companies and their denunciation through international organizations

Abstract: The "confiscations" or "expropriations" of companies in Venezuela marked the commercial scenario between 2000 and 2012, especially of companies dedicated to the production, supply, distribution, and other related activities of the food sector, which responded to public policies that have led to the violation of a set of human rights recognized as fundamental by the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, particularly the right of consumers and the right to food. The analysis of these situations is required for the purpose of denouncing them before international organizations.

Keywords: Confiscation of companies | Expropriation of companies | Right to food | Consumer rights.

I. Introducción

En la actualidad venezolana se suelen utilizar de forma casi idéntica las palabras confiscación, decomiso, comiso, expropiación forzosa, entre otras, con el fin de referirse a las adquisiciones por parte del Estado venezolano de bienes muebles e inmuebles pertenecientes a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, bajo el pretexto de una necesidad o utilidad pública, así como de otros elementos no consagrados en la norma constitucional que consagra dichas adquisiciones por vía de excepción, tal es el caso de la invocación de una figura conocida como la soberanía alimentaria, para confiscar o expropiar empresas que tienen por objeto las actividades relacionadas con los rubros de alimentación.

La presente investigación cuyo enfoque es del tipo cualitativo persigue atender, por medio del análisis documental de la doctrina tanto nacional como extranjera, la situación de vulneración de los derechos humanos que tiene lugar cuando el Estado, en uso de sus potestades ha realizado confiscaciones de este tipo de empresas, se atienden los conceptos en torno a los derechos económicos, especialmente los derechos de los consumidores y el derecho a la alimentación de todas las personas, apuntando ciertas consideraciones acerca de la posibilidad de denunciar el quebrantamiento de estos derechos fundamentales por ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

II. La “confiscación” o “expropiación” de empresas en Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en el artículo 116 establece en primer término que no podrá ser decretada ni se ejecutaran confiscaciones de bienes, aunque de seguidas se consagra la excepción de aquellos casos que se encuentran permitidos por la propia constitución, y previo cumplimiento de los requisitos de procedencia: que la confiscación tenga lugar mediante sentencia firme; que los bienes objeto de la confiscación sean propiedad de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, así como los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera vinculadas al tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefaciente.

Al respecto de este tipo de delitos, Pérez Perdomo enuncia que

La corrupción se refiere a un conjunto de delitos muy diferentes al homicidio. Mientras este es cometido generalmente por personas en los estratos bajos de la sociedad, la corrupción ocurre en los estratos altos. Involucra generalmente a altos funcionarios del Estado con la complicidad de personas en los negocios. También involucra a funcionarios de menor rango como policías y funcionarios de todo tipo. A diferencia de los homicidios es mucho más difícil de detectar, por lo cual las mediciones que tenemos se refieren a la percepción de corrupción. Su manifestación externa son los escándalos. Estos son una manifestación con distorsiones pues requieren de una infraestructura (cuerpos de investigación, medios de comunicación libres) y de la indignación pública. Si no existe indignación los esfuerzos de escandalización fracasan¹.

A los fines de caracterizar el concepto de confiscación Guerrero y otros exponen que

Una definición bastante aceptable de la confiscación la caracteriza como pena consistente en apoderarse el Estado de los bienes de algún reo. Se remarca en ella el carácter penal, que no es el único posible. En otro lado encontramos la definición en estos términos: adjudicación de bienes de propiedad privada al Tesoro Público, cuando estos bienes constituyan una universalidad. O bien: el apoderamiento de todos los bienes de una persona, que entonces pasan a poder del Estado, y que si bien se refiere al concepto clásico de confiscación, de tipo penal propiamente dicho, este apoderamiento se realiza sin compensación alguna para el dueño. Los caracteres esenciales en la confiscación están dados por el traspaso de bienes particulares, por lo general de una universalidad, al Estado, sin contraprestación²

Por su parte, la expropiación también se encuentra consagrada en la CRBV en el artículo 115 como una excepción o limitación al derecho de propiedad,

La propiedad es la raíz de toda la desigualdad social, por eso es tan importante erradicarla. La propiedad privada fue producto de la expropiación de una minoría constituida por la burguesía, hacia una mayoría como era las clases trabajadoras, pero en el socialismo debía invertirse esa relación y ahora la mayoría se encargaría de expropiar a la minoría. De ahí su famosa frase “hay que expropiar a

¹ Rogelio Pérez Perdomo, “Anomia, Cohesión Social y Derecho en Venezuela en tiempos de catástrofe”, *Espacio Abierto* 30, n° 1 (2021): 188. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12266352012>

² Fabiola Guerrero, Francisco Guerrero V y Yaneth González, “El principio de la no confiscatoriedad”, *Telos: Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales* 4, n°. 3 (2002): 339. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6436568.pdf>

los expropiadores”. (...) El reconocimiento a la propiedad privada va más allá de una mera formalidad jurídica, se debe sancionar su libre uso y usufructo³.

Queda claramente descrito con el empleo de la expresión “sólo”, es decir, únicamente, en aquellos casos “por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.” Sánchez Miralles anota el concepto de expropiación como

una institución de derecho público mediante la cual el Estado actúa en beneficio de una causa de utilidad pública o de interés social, con la finalidad de obtener la transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, a su patrimonio, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización⁴.

La principal diferencia entre la confiscación y la expropiación deviene de lo que la origina, en el caso de la confiscación versa sobre bienes provenientes de un delito contra el patrimonio público, o bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público o los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera vinculadas al tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefaciente. En el caso de la expropiación, se trata de bienes que por causa o razones de utilidad pública o interés social deben ser desposeídos a su propietario.

De esta diferencia entre confiscación y expropiación conduce a una segunda distinción, la justa indemnización que sólo tiene lugar en los casos de expropiación, ya que en los casos de confiscación, como los bienes que se estarían confiscando provienen de hechos ilícitos tipificados como delitos económicos, así como los derivados o causados por actividades comerciales, financieras o cualesquiera vinculadas al tráfico de sustancias psicotrópicas y estupefaciente, no hay lugar a indemnización alguna.

Ortiz-Álvarez sostiene que la doctrina nacional ha caracterizado la expropiación como una institución que

³ Leonardo Favio Osorio Bohórquez, “El socialismo del siglo XXI y la crisis de la sociedad venezolana”, *Telos* 21, n° 1 (2019): 37. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99357718024>

⁴ Samantha Sánchez Miralles, “Estado actual del régimen de expropiaciones en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 10 (2016): 251. <https://rb.gy/vz8cua>.

en realidad no es ilimitada ni autoriza expropiaciones innecesarias, sancionatorias ni desprovistas de garantías. Si bien la expropiación es una potestad pública, a la vez es una garantía y solamente luego del cumplimiento de tales garantías existirá verdadera expropiación, al resto de situaciones, como mucho, le corresponderá llevar comillas si se quiere emplear el referido término⁵.

Ahora bien, dada la peculiar naturaleza de la situación económica en Venezuela durante más de las últimas dos décadas, se ha evidenciado una alarmante utilización de la figura de la expropiación sobre bienes muebles e inmuebles, especialmente empresas, que se confunde con la confiscación.

Antes de continuar sobre el tema objeto de la presente investigación, es menester mencionar que en el Código de Comercio venezolano aún vigente no se define que se entiende por empresa mercantil o comercial, siendo una constante el empleo casi de forma sinonimia de las expresiones «empresas» y «sociedades o compañías mercantiles», y de estas últimas, las «sociedades o compañías anónimas», ya que como describe Chacón Gómez

en la realidad comercial venezolana tanto las sociedades en nombre colectivo como las sociedades en comandita (simple o por acciones) han entrado en desuso, dada la naturaleza de la responsabilidad ilimitada, personal, subsidiaria y solidaria de los socios entre sí y para con la sociedad (en la primera de todos ellos, y en la segunda de los socios denominados comanditantes). De igual forma, la sociedad de responsabilidad se encuentra en una situación de difícil o imposible constitución, ya que el aún vigente artículo 315 del Código de Comercio establece como imperativo categórico la imposibilidad de constitución de compañías o sociedades de responsabilidad limitada que no cumplan con los montos de capital social que se encuentre entre el límite mínimo y el límite máximo, montos que han quedado descartados por los efectos inflacionarios sufridos en nuestro país desde 1955 hasta la presente fecha⁶.

Realizada esta anotación, se puede afirmar que se trata de empresas constituidas bajo la forma societaria en el país, que pueden o no ser filiales o sucursales de empresas extranjeras, se trata de empresas mayoritariamente privadas,

⁵ Luis Ortiz-Álvarez, “Expropiaciones en Venezuela (Límites y garantías)”, *Anuario de Derecho Público Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávil* 6 (2012): 343. <https://rb.gy/j7tn8e>.

⁶ Nayibe Chacón Gómez, “La necesaria reforma del Código de Comercio venezolano”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 2 (2019): 14-15. <https://rb.gy/kkd9gl>.

como describe la información hemerográfica digital que transita en la red de redes,

Kelloggs, Aceites Diana, casi todos los centrales azucareros, Lácteos Los Andes, el 60% de los bancos del país, Conferry para transporte marítimo... La lista es tan larga que haría falta un periódico entero para describir todas las vicisitudes vividas. La gran paradoja bolivariana, que siempre la hay, es que las primeras expropiadas internacionales resultaron beneficiadas a la vista de la actual situación. "En Venezuela muchas empresas grandes y medianas fueron expropiadas. CANTV (teléfonos), Electricidad de Caracas, Cementos, Sidor (uno de los complejos siderúrgicos más grandes de América Latina), Banco de Venezuela y pare de contar. Y los dueños de entonces están ahora aliviados de haber sido expropiados, porque esas empresas no valen nada hoy en día. En su momento les pagaron cantidades razonables, pero no a todos", describe a LA NACION el economista Urbi Garay⁷.

No se puede afirmar que en todos los casos que señala la doctrina y las noticias, corresponden a situaciones propias del procedimiento de expropiación o de confiscación, ya que la naturaleza sui generi de estas expropiaciones tienen matices también de confiscaciones y de otras figuras, e incluso de prácticas que han sido prohibidas en el propio comercio interno,

En la mayoría de las expropiaciones de los últimos años no existe la obra o actividad preexistente a la expropiación, ya que "la obra" que justifica la expropiación es realmente la ejecución de la misma actividad desarrollada por la empresa privada cuyos activos están siendo afectados. En la mayoría de los casos estudiados, luego de que se ha producido la expropiación, el Estado se ha consolidado como productor mayoritario (caso Fama de América) o proveedor de servicios mayoritario (Caso Conferry), pero eso no ha traído ni más producción, ni más abastecimiento, ni mejor servicios, lo que significa que dudamos de la obtención de una verdadera utilidad pública con estas expropiaciones. En la mayoría de los casos, no ha habido declaratoria de utilidad pública e interés social mediante la ley, sino un decreto del ejecutivo nacional, vulnerando así la garantía expropiatoria. La inclusión indiscriminada y no detallada de los bienes de también ha sido una constante y eso no se compadece con la finalidad pública, ni con el carácter indispensable para la consecución de esta última, ni mucho menos con la obligación formal de definirlos tal y como lo exige la ley. Tal situación hace posible sostener que, prácticamente, lo expropiado no fueron los bienes determinados

⁷ Daniel Lozano, "Las expropiaciones en Venezuela, una estrategia que terminó en fracasos", *La Nación*, 09 de junio de 2020, acceso el 04 de agosto de 2022, <https://rb.gy/ogwula>.

Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales

de una persona jurídica en pro de la utilidad pública, sino todos los activos de dicha persona despojándola, inclusive, de su marca comercial⁸.

III. La “confiscación” o “expropiación” de empresas como una vulneración de los derechos humanos y su denuncia por ante organismos internacionales

Una tendencia generalizada a nivel mundial desde los años setenta del siglo pasado, ha sido el reconocimiento de los derechos económicos como derechos humanos, aunque ha sido más recientemente que los países latinoamericanos los han incorporado en la mayoría de las constituciones, situación que sin lugar a dudas los ha convertido en derechos fundamentales, y que encuentran su proyección en el resto del ordenamiento jurídico. En este sentido, Carmona conceptualiza los derechos humanos como

esas condiciones que permiten a la persona su realización y que incluyen a toda persona por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna y de calidad. Cada vez más los gobiernos, a nivel mundial, suman esfuerzos por garantizar la esfera de protección de estos derechos, mediante el diseño de políticas públicas efectivas contenidas en tipos legales y administrativos⁹.

Como se puede evidenciar del extracto del cuadro elaborado por Sánchez Miralles¹⁰, así como de la información hemerográfica, de las más de un centenar de “confiscaciones” o “adquisiciones forzosas” que han ocurrido entre los años 2005 a 2012, las que han tenido mayor trascendencia tanto en la opinión pública nacional e internacional, como dentro de los grupos y foros jurídicos dedicados a la materia del derecho público y privado en Venezuela, han sido las que versan sobre empresas dedicadas a proveer bienes y productos alimenticios, así como los dedicados a la industria agroalimentaria:

⁸ Samantha Sánchez Miralles, “Estado actual del régimen de...”, ob. cit., 269.

⁹ Pedro Luis Carmona, “Derechos de consumidores y usuarios como derechos humanos: consideraciones sobre la figura del defensor del asegurado en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 17-19 (2019): 201. <https://rb.gy/qsvgt1>.

¹⁰ Samantha Sánchez Miralles. «Estado actual del régimen de...», ob. cit., 271-309.

| TABLA N° 1. ADQUISICIONES FORZOSAS DE EMPRESAS DE ALIMENTOS O AGROALIMENTARIA | | |
|---|---------------------------------------|---|
| AFECTADO | DATOS | SITUACIÓN |
| CENTRAL AZUCARERO CUMANACOA, C.A. | G.O. 38.281 de fecha 27/9/2005 | Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación. |
| | G.O. 38.313 de fecha 4/11/2005 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para desarrollo endógeno del circuito de la caña de azúcar de Cumanacoa. |
| CENTRAL AZUCARERO MOTATÁN | G.O. 38.556 de fecha 3/11/2006 | Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación. |
| | G.O. 38.563 de fecha 14/11/2006 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para desarrollo endógeno del circuito de la caña de azúcar de Motatán. |
| FRIGORÍFICO INDUSTRIAL BARINAS, S.A. | G.O. 38.710 de fecha 21/6/2007 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| FRIGORÍFICO INDUSTRIAL DE CARNES DE PERIJÁ, C.A. | G.O. 38.710 de fecha 21/6/2007 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| FRUTÍCOLA CARIPE, C.A. | G.O. 38.760 de fecha 3/9/2007 | Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación. |
| | G.O. 38.761 de fecha 3/9/2008 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la ejecución de la obra “Desarrollo Endógeno del Circuito Citrícola Caripe”. |

Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales

| | | |
|--|--------------------------------|--|
| SERVICIOS PESQUEROS MIDA ALPESCA, C.A. | G.O. 38.889 de fecha 12/3/2008 | Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación. |
| | G.O. 38.893 de fecha 18/3/2008 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| LÁCTEOS LOS ANDES | 14/3/2008 | Ejecutivo la nacionaliza para garantizar la soberanía alimentaria. |
| NO DETERMINADO | 28/2/2009 | Gobierno ordena la intervención y control militar de empresas arroceras a las que acusa de los desabastecimientos. La principal afectada es Alimentos Polar. |
| CARGILL DE VENEZUELA, S.R.L. | G.O. 39.150 de fecha 31/3/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de la planta procesadora de arroz para uso y aprovechamiento social. |
| | 15/5/2009 | Gobierno venezolano inició ocupación temporal por 90 días de planta productora de pasta. |
| CENTRAL AZUCARERO RIBERA | G.O. 39.168 de fecha 29/4/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| AGROPECUARIA MIRAMAR, C.A. | G.O. 39.270 de fecha 23/9/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de la torrefactora de café verde para uso y aprovechamiento social. |
| TRUCHICULTURA VALLE REY, C.A. | G.O. 39.270 de fecha 23/9/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de la Granja de truchicultura para uso y aprovechamiento social. |
| ALMACENADORA PICO EL ÁGUILA | G.O. 39.270 de fecha 23/9/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa del centro de almacenamiento de semillas de papa para uso y aprovechamiento social. |

| | | |
|--|---------------------------------------|---|
| CENTRALES AZUCAREROS VENEZUELA Y CAZTA | 1/10/2009 | Gobierno venezolano inició ocupación temporal dirigida a preparar los trámites para su expropiación. |
| FAMA DE AMÉRICA C.A. | G.O. 39.303 de fecha 10/11/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| CAFEA C.A. | G.O. 39.303 de fecha 10/11/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| CONSERVAS ALIMENTICIAS LA GAVIOTA, S.A. | G.O. 39.315 de fecha 6/11/2009 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la ejecución de la obra Rehabilitación y Modernización de la Planta Socialista Enlatadora de Alimentos Marinos. |
| ALMACENES ÉXITO, C.A. | G.O. 39.349 de fecha 19/1/2010 | Asamblea Nacional declara de utilidad pública e interés social. Solicita al Ejecutivo que dicte el respectivo decreto de expropiación. |
| | G.O. 39.351 de fecha 21/1/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| CATIVEN | 13/2/2010 | Presidente de la República anuncia que aceptó propuesta del grupo Casino y comprará 80% de su paquete accionario en la empresa Cativen, propietaria de los expropiados hipermercados Éxito y automercados Cada. |
| CENTRAL VENEZUELA, C.A. Y AGRÍCOLA TORONDOY, C.A. | G.O. 39.408 de fecha 22/4/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el funcionamiento del Complejo Agroindustrial Azucarero Venezuela. |

Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales

| | | |
|--|-----------------------------------|---|
| AGROPECUARIA LA BATALLA, C.A. | G.O. 39.408 de fecha 22/4/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el funcionamiento de una Planta Procesadora de Lácteos. |
| AGRÍCOLA ARAPUEY C.A. | G.O. 39.408 de fecha 22/4/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para el funcionamiento de una Granja de camarón marino y larva de camarón. |
| CENTRAL AZUCARERO DEL TÁCHIRA, C.A. | G.O. 39.411 de fecha 27/4/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes consolidar la infraestructura agroindustrial para el desarrollo del potencial azucarero de la región occidental. |
| MOLINOS NACIONALES, C.A. | G.O. 39.422 de fecha 12/5/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes consolidar la capacidad de procesamiento socialista agroindustrial para la Venezuela del siglo XXI. |
| INDUSTRIA AZUCARERA SANTA ELENA, C.A. | G.O. 39.441 de fecha 8/6/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar el eje productor y agroindustrial de la caña de azúcar. |
| INDUSTRIA AZUCARERA SANTA CLARA, C.A. | G.O. 39.441 de fecha 8/6/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para consolidar el eje productor y agroindustrial de la caña de azúcar. |
| GRUPO AGROISLEÑA C.A. | G.O. 39.523 de fecha 4/10/2010 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para uso y aprovechamiento social. |
| PROCESADORA INDUSTRIAL DEL PLÁTANO, C.A. | G.O. 39.666 de fecha 4/5/2011 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para la consolidación de la capacidad de aprovechamiento socialista del cultivo y desarrollo del plátano nacional en el estado Zulia. |

| | | |
|--|-----------------------------------|---|
| LLANO ARROZ, S.A. | G.O. 39.713 de fecha 14/7/2011 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de planta procesadora de arroz para uso y aprovechamiento social. |
| PRODUCTORES ASOCIADOS DE CAFÉ DE LOS DISTRITOS BERMÚDEZ Y BENÍTEZ, C.A. | G.O. 39.840 de fecha 11/1/2012 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de los bienes para reactivación y transformación en unidad de producción socialista de un centro de acopio, almacenamiento y procesamiento de café. |
| AZUCARERA GUANARE, C.A. | G.O. 39.892 de fecha 27/3/2012 | Presidente de la República declara la adquisición forzosa de bienes para consolidar la infraestructura agroindustrial para el desarrollo del potencial azucarero de la región Centro Occidental. |

Osorio Bohórquez enfatiza que

a partir del 2008, fue asumida una política mucho más agresiva de expropiación o confiscaciones directas de las empresas, que pasaron a manos del Estado. Las consecuencias han sido las mismas históricamente suscitadas: ineficiencia, corrupción y la progresiva escasez de bienes y servicios proporcionados tradicionalmente, por las empresas privadas. Las industrias expropiadas pasan a constituirse en un motín del saqueo, para el disfrute de los políticos que logran establecer su control sobre las mismas. La escasez era el resultado lógico (...) ¹¹.

En virtud de esta situación no es descabellado presumir que en el afán de lograr por una parte el reconocimiento de ciertos derechos económicos dentro de las políticas públicas ¹², ha sido una constante la vulneración o quebrantamiento del derecho de los consumidores de contar con bienes y servicios de calidad, así como del derecho humano de la alimentación.

¹¹ Leonardo Favio Osorio Bohórquez, "El socialismo del siglo XXI y la crisis de...", ob. cit., 41.

¹² "La política de control de precios, de cambio, las expropiaciones, las políticas sociales, todo forma parte de un plan deliberado y orquestado para eliminar progresivamente la libertad de los individuos y someterlos a los controles del Estado. Las mismas formas del llamado poder popular para ejercer la democracia directa no son más que otra manera de control sobre las comunidades." Leonardo Favio Osorio Bohórquez, "El socialismo del siglo XXI y la crisis de...", ob. cit., 46.

A este respecto,

La intensidad con que el estado venezolano empezó a incorporarse a actividades que siempre le resultaron ajenas en el plano económico/empresarial, fue de tal forma, que las distorsiones incluso se proyectaban con afectaciones comerciales «potenciales» a otros países de la región, por los grandes subsidios a productos, que restarían competitividad a bienes equivalentes en otras latitudes, en esquemas de importación o exportación¹³.

No se puede perder de vista que paralelo a este conjunto de “confiscaciones” o “expropiaciones” de empresas dedicadas al sector alimenticio y todas las actividades relacionadas, el Estado venezolano buscó configurar su propia red de abastecimiento alimentario,

Mercal más que responder a un plan económico es una reacción política. Se constituye en una acción táctica para lograr conexión real y directa con la Venezuela de las mayorías, con los hogares de bajo ingreso: las clases populares. El retail gubernamental en su momento, asume el rol de punta de lanza del esquema de «misiones» por centrarse en el tema alimentario, el cual lógicamente es tremendamente sensible para los más desposeídos. (...) Uno de los mayores problemas de Mercal es que pasó a ser gasto corriente de la administración, y ante la recesión mundial y la baja de los precios del crudo, su futuro estaba inexorablemente comprometido. Financieramente Mercal no era viable en caso de afrontarse una previsible baja de los precios del petróleo, los cuales habían demostrado ser cíclicos a través de su historia. Esto sin mencionar los problemas de ineficiencia gerencial típica de cualquier Estado participando en actividades de privados¹⁴.

Todo esto con base en la llamada soberanía alimentaria, según la cual en el año 2004, se creó el Ministerio del Poder Popular para la Alimentación. Este nuevo ministerio, entre otras cosas, apunta a “Garantizar el acceso de los alimentos a la población a través de la regulación, formulación, seguimiento y evaluación de políticas en materia de comercio, industria, mercadeo y distribución de alimentos”; es decir, promover programas para aumentar la producción de alimentos y venderlos a bajo costo. Con este mismo propósito se creó Mercal (Mercados de alimentos), el cual se constituyó como un sistema de comercialización y

¹³ Roberto Baskin., “MERCAL: Vida, pasión y muerte del canal gubernamental de distribución más grande de la historia de América Latina”, *Actualidad Contable Faces* 24, n° 43 (2021): 42. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=25769354002>.

¹⁴ Roberto Baskin, “MERCAL: Vida, pasión y muerte del...”, ob. cit, 41, 49.

distribución de alimentos, manejados por la administración pública central, con el objetivo de controlar los precios a los cuales accede el consumidor final¹⁵.

En cuanto al derecho de los consumidores como un derecho humano, Carmona señala que tradicionalmente se funda en cuatro pilares en los que el Estado debía brindar protección:

1) el derecho a la seguridad, el cual involucra el derecho a ser protegidos por la comercialización de productos que pueden ser peligrosos para la vida o la salud; 2) El derecho la información, que comporta la protección ante prácticas fraudulentas, engañosas o básicamente confusas o lo que hoy conocemos como oferta engañosa; 3) el derecho a elegir, el cual supone a escoger entre variedad, o lo que convenga a las necesidades y posibilidades del consumidor y 4) el derecho a ser oídos, el cual viene a ser un eje importante en el andamiaje gubernamental, porque supone el comienzo de la actividad de creación de normas de rango legal y sublegal, e impacta en la elaboración de las políticas del Gobierno y procedimientos para un “tratamiento adecuando y ágil en los tribunales administrativos”, incluyendo el principio de reparación integral¹⁶.

El citado autor Carmona plantea como un contundente antecedente del reconocimiento de los derechos de los consumidores, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7 de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186 de 22 de diciembre de 2015;

las cuales constituyen los principios generales que establecen los lineamientos que deben tener, no sólo el ordenamiento jurídico de protección del consumidor, sino que también alcanza a las instituciones encargadas de aplicarlas y vigila además que los sistemas de compensación o reparación de daños sean eficaces¹⁷.

En la CRBV estos derechos de los consumidores se encuentran consagrados en el artículo 117, que al decir de Chacón Gómez corresponden a la identi-

¹⁵ Jorge Hernández, Francesco Leone y Luis Da Silva, “Cambios estructurales de los sectores productivos de la economía venezolana, entre los años 1997 y 2007”, *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura* 25, n° 2 (2019): 166. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36465118007>.

¹⁶ Pedro Luis Carmona, “Derechos de consumidores y usuarios...”, ob. cit., 203.

¹⁷ Pedro Luis Carmona, “Derechos de consumidores y usuarios...”, ob. cit., 205.

ficación de un modelo económico constitucional que busca crear políticas públicas de atención a principios del sistema socioeconómico, como consecuencia

de los cambios político-económicos acaecidos en el país, desarrollando el precepto constitucional del cual resulta la consagración de cuatro derechos fundamentales para los consumidores y usuarios: derecho a disponer de bienes y servicios de calidad; derecho a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; derecho a la libertad de elección, y derecho a un trato equitativo y digno. Atendiendo a los postulados constitucionales en materia económica, el Estado interviene para disminuir los desequilibrios que se presentan en las relaciones comerciales, especialmente aquellas que tiene como participantes a consumidores y usuarios. Estos derechos de los consumidores y usuarios forman parte del sistema socioeconómico consagrado en el artículo 299 de la Constitución, que se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.¹⁸

Acerca de la contextualización del derecho a la alimentación como un derecho humano, Sosa Gómez sostiene que

El derecho a la alimentación como derecho humano reconocido por la legislación internacional, protege el derecho de todos los seres humanos a alimentarse con dignidad, ya sea produciendo su propio alimento o adquiriéndolo. Por tanto, el derecho a la alimentación está protegido por el derecho internacional humanitario y las normas internacionales de derechos humanos¹⁹.

El reconocimiento como un derecho humano del derecho a la alimentación según Sosa Gómez es de larga data, puesto que

El derecho a la alimentación fue reconocido en 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 25) como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, y consagrado en 1966 en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11). También ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales específicos como la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24(2)(c) y 27(3)), la Convención sobre la Eliminación de Todas las

¹⁸ Nayibe Chacón Gómez, “Reseña histórica de la protección al consumidor y usuario en Venezuela: Mucho más que «precios justos»”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 9 (2017): 149. http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/9/rvlj_2017_9_141-165.pdf

¹⁹ Cecilia Sosa Gómez, “El derecho económico de todos a disponer de bienes y servicios de calidad en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 15 (2018): 442. <https://rb.gy/t2rqnw>.

Formas de Discriminación contra la Mujer (Art. 12(2)), o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Art. 25(f) y 28(1)). Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC) en su Comentario General establece que: “El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada o a medios para obtenerla”²⁰.

En atención al desmedido empleo de la figura de la expropiación, que en la práctica ha resultado configurar confiscaciones por parte del Estado venezolano de empresas cuyos objetos sociales giran en torno a la producción, abastecimiento, comercialización, distribución y actividades conexas de productos alimenticios y demás empleados para la agroindustrial, bien cabe lo anotado por Suárez Díaz

Los excesos por parte del Estado en numerosas oportunidades se tornan excesivamente grotescos, difíciles de controlar por la dócil población que se somete al gran poderío que prepondera en las filas del poder, ante duras experiencias que nos ha suministrado la historia de casos fatales por el abuso de autoridad, surgen los Derechos Humanos, para impedir que el Estado se sobrepase con el ser humano afectando su dignidad y/o alguno de los atributos o derechos necesarios para el disfrute de su personalidad²¹.

En este orden de ideas Ortiz-Álvarez, si bien afirma que desde el punto de vista normativo-regulatoria existen suficientes garantías para la inversión privada, tanto nacional como extranjera en el país, no deja de anotar la tendencia doctrinaria nacional

En la práctica, como se ha hecho notorio y comunicacional, el Estado venezolano ha intensificado, diversificado e incluso masificado en los últimos años su política expropiatoria, lo cual se ha venido sustentando formalmente en las clásicas normativas, como la Ley de Expropiación, como también en algunas leyes especiales, pero sobre todo en Decretos-leyes, algunos de los cuales *-in passing-* son contentivos de previsiones *contra constitutione* y contrarias a previsiones de la Ley de Expropiación, tales como las relativas a ciertos *fast tracks* expropiatorios y a la incorporación de expropiaciones sancionatorias o punitivas, las cuales contradicen la Constitución y se alejan de la tradición de solamente expropiar por au-

²⁰ Cecilia Sosa Gómez, “El derecho económico... ob. cit., 442-443.

²¹ Adelaida María Suárez Díaz, “Los Derechos Humanos y las personas incorporales”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 17-19 (2019): 692. <https://rb.gy/oqjrf0>.

ténticas razones de utilidad pública o interés social, tal como la doctrina lo ha venido destacando. (...) Además de la mutación del concepto expropiatorio, algunos autores han señalado que la gran mayoría de las expropiaciones declaradas y ejecutadas en los últimos años, no han cumplido o pasado el “test de compatibilidad” con las garantías constitucionales y legales, llegando incluso a afirmar que las mismas “carecen de las más básicas y elementales garantías del derecho de propiedad, en particular, de las garantías expropiatorias”²².

A esto se le adiciona lo dicho por Cortes Zambrano,

Los grandes inversionistas eligen los países para depositar su capital y son ellos quienes se benefician de estos procesos entre otras cosas por falta de seguridad jurídica en países en vía de desarrollo que dificulta decidir en materia de inversión. (...) La globalización económica avanza más rápidamente que la globalización ética: la de los derechos fundamentales. El reto o desafío que enfrentamos es que la globalización ética o moral consiga neutralizar los efectos nocivos de la globalización económica respecto a los derechos humanos, y esto constituye un elemento decisivo en los procesos de Gobernabilidad democrática de los Estados.²³

En la perspectiva de la protección de los derechos humanos, resulta impropio anotar que los mismos corresponden a la identificación y reconocimiento de la dignidad humana como valor dentro del derecho, es decir, la dignidad se corresponde a la persona por el simple hecho de ser un ser humano, sin más requisitos y tomando en cuenta la progresividad de los derechos humanos, aunque no es unánime la absoluta protección en materia de los derechos económicos, y muy especialmente el delimitar el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados.

El problema de definir las obligaciones de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha contribuido a imposibilitar su justiciabilidad en los tribunales, visualizándose así la eficacia de estos derechos como sujeta a meras normas programáticas, que si bien involucran a los poderes estatales, se

²² Luis Ortíz-Álvarez, “Expropiaciones en Venezuela...”, ob. cit., 366-367.

²³ Sonia Patricia Cortés Zambrano, “La globalización económica y los derechos humanos”, *Vía Inveniendi Et Iudicandi* 8, n° 2 (2013): 145. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560258674007>

preservan en el ámbito de la configuración legislativa deliberada y la generación de políticas públicas sin un control jurisdiccional concreto²⁴.

Por otra parte, se debe tener en consideración que se excluye de tal protección a las personas jurídicas. En este orden de ideas, Suárez Díaz afirma que

a escala internacional en el Sistema Interamericano los entes morales no son titulares de derechos convencionales por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos, en virtud de la interpretación del artículo 1.2 de la Convención Interamericana de Derechos humanos, en la que persona es solo el ser humano y no las personas incorporadas²⁵.

Es forzoso concluir que las personas naturales, cualquier venezolano pudiera acudir a los organismos encargados de la protección de los derechos humanos, a interponer una denuncia por quebrantamiento de los derechos económicos a los cuales se ha hecho referencia como vulnerados por las “confiscaciones” o “expropiaciones” de empresas, lo cual atente a sus derechos como consumidores y más grave aún a su derecho a la alimentación, el cual a su vez se encadena con el derecho a la salud y a la vida; situación que ha sido descrita por Sosa Gómez de la siguiente manera:

Los venezolanos sufren graves carencias materiales y el cercenamiento radical de todos sus derechos, incluidos los políticos. Es una población dominada por el hambre y la desesperanza. El socialismo real los ha sometido a la persecución, al caos y a la miseria²⁶.

IV. Conclusiones

La garantía y protección de los derechos humanos tanto los que se encuentran reconocidos en la norma constitucional como aquellos que constantemente surgen como parte de los tratados, acuerdos y convenciones internacionales, le corresponden a los Estados no solo su reconocimiento sino su materialización en la práctica, mediante las políticas públicas necesarias. Como forma de materialización de estas políticas públicas pueden ser consideradas la “confiscación” y la “expropiación”, puesto que la primera dado que se trata de la desposesión de bienes provenientes de un delito o con relación a la comisión de

²⁴ Jorge Humberto Meza Flores, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 44, no. 132 (2011): 1138. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42721148005>

²⁵ Adelaida María Suárez Díaz, “Los Derechos Humanos ... ob. cit., 703.

²⁶ Cecilia Sosa Gómez, “El derecho económico de todos a disponer ..., ob. cit., 468.

Las “confiscaciones” o “expropiaciones forzosas” de empresas y su denuncia a través de organismos internacionales

un crimen, busca persuadir a las personas de su realización; y la segunda, requiere, entre otras cosas, su fundamentación en una causa o interés público.

Ambas figuras constitucionalmente consagradas, tienen lugar por vía de excepción, es decir, son situaciones excepcionales, no obstante, entre los años 2005 a 2012, la “confiscación” o “expropiación forzosa” de empresas se constituyó en una constante casi dominical, ya que su decreto, lejos de lo jurídico buscaba complacer el establecimiento de un modelo socioeconómico, que a la fecha ha demostrado que ha sido parte de la vulneración de los derechos de las personas al acceso a bienes y servicios de calidad, pero más aún, en el caso de las empresas aquí anotadas, se ha atentado contra el derecho a la alimentación, que forma parte del derecho a la salud, por lo que puede ser denunciado por ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Actualización de la guía de enfoque basado en riesgo sobre activos virtuales y sus proveedores: Análisis e implicaciones en la legislación venezolana

Manuel Alejandro Romero Zapata*

pp. 157-174

Recibido: 03 abr 2022

Aceptado: 15 jun 2022

Sumario

I. Introducción | II. Consideraciones previas sobre la regulación venezolana aplicable a los activos virtuales y sus actividades conexas | III. Análisis de las actualizaciones de la Guía de EBR sobre AV/PSAV del GAFI | 1. Stablecoins y sus riesgos de LC/FT | 2. Transacciones peer-to-peer (p2p) | 3. Definición de Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales | 4. La nota interpretativa de la Recomendación 15 del GAFI, y la aplicación de la debida diligencia del cliente y la regla de viaje | IV. Conclusiones

* Abogado Cum Laude (UJAP – 2020). Asociado de Número de la Sociedad Venezolana de Compliance (SVC). Consultor técnico en Criminalística y Delincuencia Organizada agremiado en la Sociedad Venezolana de Consultores en Criminalística (SVCC).

Actualización de la guía de enfoque basado en riesgo sobre activos virtuales y sus proveedores: Análisis e implicaciones en la legislación venezolana

Resumen: La actualización, por parte del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), sobre la guía de enfoque basado en riesgo sobre activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales, ha traído consigo diversas novedades sobre cómo deberá de aplicarse el criminal compliance sobre el particular sector de la criptoconomía, las cuales serán analizadas en el presente estudio en conjunto con sus implicaciones normativas dentro del marco normativo de Venezuela, país sometido a los lineamientos del GAFI, con el objetivo de verificar si la legislación vigente contempla de forma efectiva los requerimientos regulatorios.

Palabras claves: Criminal compliance | Derecho penal corporativo | Activos virtuales | Criptoconomía | Criptoactivos.

Update of the guidance for a risk-based approach to virtual assets and their providers: analysis and implications in Venezuelan legislation

Abstract: The update, by the Financial Action Task Force (FATF), of the risk-based approach guide on virtual assets and virtual asset service providers, has brought with it various news on how criminal compliance should be applied in this regard sector of the crypto economy, which will be analyzed in this study in conjunction with their regulatory implications within the regulatory framework of Venezuela, a country subject to the FATF guidelines, with the aim of verifying whether the current legislation effectively contemplates the regulatory requirements.

Keywords: Criminal compliance | Corporate criminal law | Virtual assets | Cryptoeconomics | Cryptoassets.

I. Introducción

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), como principal organización intergubernamental en lo que la promoción de recomendaciones regulatorias contra el lavado de activos y financiamiento al terrorismo respecta, ha venido desarrollando en los últimos años una serie de lineamientos y directrices a seguir, por parte de sus países miembros, en torno a la prevención y mitigación de riesgos de delitos financieros asociados a la nueva revolución en materia de economía y finanzas que tenemos como la criptoconomía¹. Tales avances tuvieron sus inicios mediante el documento del GAFI denominado “Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks” (Activos Virtuales: Definiciones Clave y Riesgos potenciales de ALD/CFT)², publicado en el año 2014, el cual comporta una respuesta primigenia sobre la materia y cuyas definiciones contenidas han ido ampliándose en la medida que los activos virtuales han ido evolucionando en cuanto a su adopción y difusión entre las distintas comunidades internacionales.

El aporte más reciente por parte del GAFI lo encontramos en forma del “Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers” (Guía Actualizada para el Enfoque Basado en Riesgo sobre Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales)³, en lo sucesivo GAEBRAV, el cual ha venido a sintetizar y resumir toda la perspectiva que posee actualmente el GAFI sobre cómo los países y actores privados involucrados deberán de aproximar, elaborar y gestionar los riesgos asociados a las actividades propias de la criptoconomía. A su vez, realiza importantes ampliaciones sobre los conceptos de Activos Virtuales⁴ (AV) y Proveedores de Servi-

¹ La Criptoconomía es un concepto amplio que, si bien no posee aún una definición estandarizada entre los autores, puede llegar a definirse grosso modo y de forma propia como un término recurrentemente empleado para abarcar el estudio del uso de tecnologías distribuidas y su interacción con las ciencias económicas, así como también el uso de dichas tecnologías para la creación de soluciones financieras descentralizadas. Por ende, existen tópicos que suelen ser asociados al referido término, y encontramos entre estos a las cadenas de bloques, aplicaciones descentralizadas, activos virtuales, como otros más.

² Grupo de Acción Financiera Internacional, *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks* (París: GAFI, 2014). <https://rb.gy/u1ofvc>.

³ Grupo de Acción Financiera Internacional, *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers* (París: GAFI, 2021), <https://rb.gy/ssqvda>.

⁴ El término activo virtual es actualmente manejado mayormente como un sinónimo de criptoactivo.

cios de Activos Virtuales (PSAV), y explora cómo el Criminal Compliance⁵ pudiera abordar todos los nuevos elementos que han venido surgiendo en los últimos meses, como por ejemplo la tecnología asociada a los Non Fungible Token (NFT)⁶.

Dicho documento, si bien no comporta en principio un cuerpo normativo dentro de las definiciones doctrinarias del Derecho Internacional Público, sí resulta vinculante de acuerdo con los lineamientos del referido Grupo para los países miembros o asociados a la organización. A su vez, cabe recordar que este documento (tal como ocurre con el resto de las disposiciones y recomendaciones diseñadas por el GAFI) se encuentra en sintonía con los distintos tratados internacionales, diseñados por organizaciones intergubernamentales como la Organización de las Naciones Unidas, sobre asuntos relacionados con lucha contra la delincuencia organizada y sus delitos asociados, tal como lo es la legitimación de capitales (LC), financiamiento al terrorismo (FT) y financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva (FPADM).

Tales puntos mencionados traen en consecuencia que Venezuela, al ser país asociado del Cuerpo Regional del GAFI en el Caribe⁷, es una a de las tantas jurisdicciones a nivel mundial las cuales se encuentran en obligación y dentro del menor período de tiempo posible de acatar y hacer cumplir a los sujetos obligados con el contenido de la referida guía.

A raíz de ello, el presente artículo tendrá por objeto estudiar y analizar los contenidos más importantes añadidos en la reciente actualización realizada a la guía, así como también traerlos a comparación o contraste con la normativa nacional publicada y disuadir sobre las obligaciones futuras que tendrán que

⁵ De acuerdo con Camilo Clavijo, “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* N° 73 (2014): 634, el *Criminal Compliance* puede ser definido como “...un programa de cumplimiento que tiene como finalidad cumplir con la normativa penal de un determinado ordenamiento jurídico, evitar incurrir en la comisión de delitos y detectar aquellos que se hayan cometido para denunciarlos y/o sancionarlos”. Generalmente los programas de *Criminal Compliance* van enfocados en mitigar los delitos de Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo.

⁶ El término *NFT* será definido más adelante en el presente artículo.

⁷ Grupo de Acción Financiera del Caribe, o GAFIC, cuyas funciones son de supervisar y vigilar el cumplimiento de las directrices y recomendaciones del GAFI en la región caribeña de Latinoamérica.

aplicar los PSAV, en función a los lineamientos del documento actualizado por el GAFI.

II. Consideraciones previas sobre la regulación venezolana aplicable a los activos virtuales y sus actividades conexas

Antes de desglosar propiamente el contenido de la mencionada guía del GAFI, es menester definir, a los fines de una lectura directa y clara, cuál es el panorama regulatorio nacional aplicable al sector de los activos virtuales y sus actividades conexas, como a su vez del Criminal Compliance en torno a la naturaleza específica del asunto. Como punto de partida pudiera decirse que Venezuela ha ido legislando sobre el tema desde la publicación en Gaceta Oficial N° 6.370 Extraordinario del 09 de abril de 2018, del Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Criptomoneda Soberana Petro, el cual trajo consigo las primeras definiciones jurídicas sobre lo que se debería de entender por activos virtuales y el Petro⁸.

La norma anteriormente señalada se vio, meses después, ampliada con el Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos, publicado en Gaceta Oficial N° 41.575 del 30 de enero de 2019, la cual actualmente comporta la normativa más importante en la materia de los Criptoactivos, al establecer las competencias y parámetros de actuación del actual órgano gubernamental encargado de vigilar todo lo concerniente a la materia, conocido como Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP). En dicho Decreto, a su vez, se establecieron las primeras y únicas sanciones administrativas aplicables en función al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el articulado del mismo.

En el artículo 11, numeral 5⁹, del Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos, nos encontramos, en torno a las competencias de la SUNACRIP, la obligación de asegurar y velar por el cumplimiento (dentro del marco del Sistema Integral de Criptoactivos¹⁰) de todas las obligaciones existen-

⁸ Proyecto de criptoactivo emitido por el estado venezolano, y cuyo respaldo teórico consiste en las reservas de oro, hierro, diamante y petróleo.

⁹ Artículo 11, numeral 5: Velar por el apego del Sistema Integral de Criptoactivos a las disposiciones que le resulten aplicables en materia de prevención de legitimación de capitales, narcotráfico, financiamiento al terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva.

¹⁰ De acuerdo al Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos, publicado en Gaceta Oficial N° 41.575 del 30 de enero de 2019, en su artículo 6 se define que el Sistema Integral

tes en la ley nacional referidas a la prevención de los delitos de legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva. Ello funge como punto de partida sobre la idea de que la referida Superintendencia ha tenido como obligación, desde su inicio, de asegurar el cumplimiento de la regulación en materia de Criminal Compliance, así como también la potestad o posibilidad de emitir regulaciones en forma de actos administrativos que aseguren tal cumplimiento.

Tal último punto, sobre la potestad de emitir normativas administrativas a los fines de aseverar el mencionado cumplimiento, resulta de particular interés a los efectos del presente artículo, ya que sucesivo a la publicación del Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos la Superintendencia ha publicado normativas administrativas que contienen obligaciones ligadas a la prevención de los delitos financieros. Entre ellas nos encontramos, principalmente, con la Providencia N° 012-2019¹¹, y la Providencia N° 044-2021¹².

Respecto a la Providencia N° 012-2019, mediante la cual se regula la operatividad de las Casas de Intercambio, mejor conocidas como exchanges¹³, es imperante resaltar la obligación, de acuerdo con el artículo 6¹⁴, que poseen las

de Criptoactivos está conformado por los principios, normas y procedimientos aplicables a los sujetos que participan en el ecosistema de la criptoconomía.

¹¹ Providencia Administrativa N° 012-2019 de fecha 29 de marzo de 2019, mediante la cual se regula la operatividad de las Casas de Intercambio en el Sistema Integral de Criptoactivos, publicada en Gaceta Oficial N° 41.609 del 03 de abril de 2019.

¹² Providencia Administrativa N° 044-2021 de fecha 21 de abril de 2021, mediante la cual se dictan las Normas relativas a la administración y fiscalización de los riesgos relacionados con la legitimación de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, aplicables a los proveedores de servicios de activos virtuales y a las personas y entidades que proporcionen productos y servicios a través de actividades que involucren activos virtuales, en el Sistema Integral de Criptoactivos, publicada en Gaceta Oficial N° 42.110 del 21 de abril de 2021.

¹³ Exchanges o casas de intercambio son aquellos espacios digitales en donde se otorgan los medios y herramientas para el intercambio de AV por otros tipos de AV, o AV por monedas fiduciarias. Igualmente pudieran permitir el almacenamiento o almacenamiento de los AV dentro de su propio sistema.

¹⁴ Artículo 6. De la lucha contra la Delincuencia Organizada: La Casa de Intercambio de Criptoactivos que le haya sido otorgada una Licencia de Operación se encuentra obligada a cumplir con las normas pertinentes de la Ley Orgánica que regula la materia de la delincuencia organizada, financiamiento al terrorismo y la proliferación a armas de destrucción masiva, las recomendaciones emitidas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); así como la Ley Orgánica que regula la materia de Drogas. En este sentido, deberán informar a la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas y a la Fiscalía General de la República, cualquier movimiento anómalo que detecten en sus transacciones, y que puedan tener connotaciones de lavado de activos

Casas de Intercambio de AV de cumplir, una vez otorgada la licencia de autorización, con las recomendaciones emitidas por el GAFI y las leyes nacionales en materia de delincuencia organizada¹⁵ y drogas. Ello, en consecuencia, comporta una obligación directa a las personas jurídicas nacionales que pretendan ejercer la mencionada actividad comercial de acatar y tomar en consideración tanto con las recomendaciones de la organización, y las guías que se publiquen sobre cómo aplicar tales recomendaciones.

Y, en lo que respecta a la Providencia N° 044-2021, ésta comporta una adaptación del contenido de la consulta pública del borrador de la actual GAEBRAV a la normativa nacional. En función a esto, será principalmente este documento administrativo el mencionado en torno a la regulación nacional vigente, y que se contrastará en lo sucesivo con la reciente actualización de la Guía de EBR¹⁶ sobre AV y PSAV, a los fines de verificar qué tanto se cumple con las recomendaciones y lineamientos del GAFI y los actuales errores que se obtienen derivado del adaptar de forma anticipada las directrices referentes al Criminal Compliance aplicado a los AV/PSAV.

III. Análisis de las actualizaciones de la Guía de EBR sobre AV/PSAV del GAFI

Tras haberse señalado que efectivamente sí existe tanto obligaciones a determinados actores en el ecosistema de la Criptoeconomía, como también una norma que se inspira de forma directa de la consulta pública que dio lugar al actual “Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers”, se procederá a disuadir sobre los puntos clave derivados de su actualización. Dicho análisis se realizará sin tomar en conside-

(LA), financiación del terrorismo (FT) o para la proliferación de armas de destrucción masiva, narcotráfico, y demás delitos conexos a éstos, so pena de ser sancionados con la disolución y liquidación de la sociedad, cancelación del Registro de Comercio, así como la aplicación de las sanciones administrativas y penales que correspondan, previo el cumplimiento de los procedimientos y procesos pertinentes. Condiciones Generales del Licenciamiento para operar las Casas de Intercambio de Criptoactivos, determinará las condiciones aplicables a estos supuestos.

¹⁵ La Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, publicada en Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 de abril de 2012, es la principal norma en lo que a materia de prevención del fenómeno de delincuencia organizada se trata, y en el mismo se encuentran tipificados los delitos de Legitimación de Capitales (Artículo 35) y Financiamiento al Terrorismo (Art. 53).

¹⁶ Por Enfoque Basado en Riesgo es aquel enfoque organizacional en donde se toman y estiman todos los riesgos de las operaciones a realizarse, y a partir de estos, se diseñan las normas, políticas y procedimientos a los fines de mitigarlos. Es parte fundamental del *Criminal Compliance*.

ración la estructura secuencial del documento, dividido en cinco partes, debido a que algunos puntos e ideas son desglosados reiteradamente a lo largo de dichas partes.

1. **Stablecoins y sus riesgos de LC/FT**

Las “Stablecoins”, que a los efectos del presente artículo se tendrán como aquellos tipos de AV los cuales tienen generalmente como respaldo una determinada reserva fiduciaria, e implican y aseguran un valor estable y no volátil en contraste con otros tipos de AV¹⁷ a sus usuarios. Estos activos, que de acuerdo con la GAEBRAV presentan una serie de riesgos particulares e inherentes de LC/FT, deberán de ser evaluados e identificados preferiblemente antes de la entrada en el mercado (pp. 17-18). Ello se realiza con el criterio de la guía de considerar que estos puedan ser adoptados en masa sin la existencia previa de mecanismos idóneos del Criminal Compliance aplicables para la mitigación de los referidos riesgos.

Igualmente, la GAEBRAV establece como escenario idóneo que, previo al lanzamiento de una Stablecoin, la persona natural o jurídica que decida emitir este tipo de activo sea debidamente autorizado o supervisado por el órgano competente para tal fin (p. 46-47). Con ello se pretende principalmente evitar aquellos escenarios en donde se apliquen los indebidos mecanismos de prevención de LC/FT, ya que en ocasiones las Stablecoins y sus proveedores o desarrolladores pudieran ser calificables como Entidades Financieras (EF) tradicionales.

En nuestra regulación no existe, por los momentos, tratamiento o mención alguna sobre los parámetros a tomarse en consideración sobre las Stablecoins, y la Providencia N° 044-2021 no realiza ningún tipo de mención en su articulado sobre el mencionado punto. Aun así, la disposición de la GAEBRAV en torno a las licencias o autorizaciones sí es actualmente acatada por la jurisdicción nacional, ya que la SUNACRIP posee entre sus competencias el control y fiscalización sobre aquellos sujetos obligados al SIC que pretendan emitir nuevos criptoactivos en territorio nacional, de acuerdo al artículo 11 numeral 7 del Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos, e inclusive po-

¹⁷ Uno de los ejemplos más recurrentes sobre las *Stablecoins* es Tether (USDT), emitido por la compañía Tether Operations Limited, cuyo domicilio comercial es en las Islas Vírgenes Británicas.

drán ser sancionados estos sujetos en caso de emitirlos sin la debida autorización o licencia de acuerdo al ilícito administrativo del artículo 42 ejusdem¹⁸.

2. Transacciones peer-to-peer (p2p)

Como segundo punto resaltante en la GAEBRAV tenemos a la especial atención que ha dedicado el GAFI sobre aquellas transacciones que se realicen de forma peer-to-peer (p2p), es decir, aquellas transferencias de AV sin ningún tipo de intermediario, bien sea un PSAV o una EF regular. La guía indica inicialmente que este tipo de transacciones presentan un riesgo de LC/FT muy por encima de aquellas transferencias realizadas en el marco de una plataforma otorgada por un PSAV (pp. 18-19), más aún al tomar en consideración que una transacción p2p es generalmente realizada por sujetos que no son obligados a las Recomendaciones del GAFI¹⁹, y a su vez el hecho de que estas son transacciones que no son validadas ni verificadas por alguna parte externa.

De forma específica, y en atención a tales riesgos, la GAEBRAV desglosa una serie de recomendaciones a las jurisdicciones, tales como permitir únicamente transacciones entre un PSAV y otra entidad obligada la cual sí realice los debidos procesos de mitigación de riesgos de LC/FT, o insistir a los PSAV que apliquen debidamente los procesos de debida diligencia del cliente (DDC) y debida diligencia intensificada (DDI) en casos de que se realicen transacciones p2p (pp. 39-40). Ello, desde una perspectiva de la práctica comercial de los PSAV, pudiera implicar a futuro la posibilidad que de eviten aceptar, por parte de sus clientes, transacciones que engloben una dirección de pago (wallet) no custodiada²⁰.

¹⁸ Artículo 42. De las Infracciones por falta de autorización: Quienes operen o realicen cualquier tipo de actividad relacionada con la constitución, emisión, organización, funcionamiento y uso de criptoactivos o criptoactivos soberanos, incluyendo la minería, sin la debida autorización del ente rector y en incumplimiento de las demás formalidades exigidas por este Decreto Constituyente, serán sancionados con multa equivalente de 100 a 300 criptoactivos soberanos.

¹⁹ Al realizarse las transacciones p2p con empleo único y exclusivo de la cadena de bloques de registra y almacena el determinado AV a transferirse, pudieran presentarse escenarios en donde personas naturales intercambien valor entre sí, y tal hecho por sí mismo no comporta o implica que tales personas naturales sean necesariamente sujetos activos del ecosistema de la criptoconomía en forma de PSAV.

²⁰ Las wallets, al comportar en sí aquellas direcciones a las cuales se le realizarán las transferencias de AV, poseen distintas modalidades y formas en cuanto a su custodia y administración. Una wallet es “no custodiada” cuando la misma no es administrada y almacenada por un agente tercero, bien sea en una base de datos interna o en bases de datos en formato de nube.

Tales recomendaciones e implicaciones traídas por el GAFI a sus sujetos obligados no son realmente presentadas dentro del contexto venezolano, ya que actualmente los PSAV, y más en específico, las Casas de Intercambio no poseen algún tipo de prohibición sobre permitir el retiro de fondos a llaves públicas no custodiadas, o en su defecto alguna obligación referida a una DDC o DDI sobre este tipo de escenarios. Pero, pese a la ausencia de obligación en el citado sentido, la SUNACRIP podrá en cualquier momento cambiar sus lineamientos y hacer exigir a los PSAV obligados a cumplir futuras obligaciones ligadas a un mejor EBR sobre LC/FT en el caso de transacciones p2p.

3. Definición de Activos Virtuales y Proveedores de Servicios de Activos Virtuales

Otro punto medular del documento, y del cual se introdujeron resaltantes actualizaciones, fue sobre qué comporta, a los efectos del GAFI, un Activo Virtual y un Proveedor de Servicios de Activos Virtuales. Sobre el AV, la GAEBRAV dispone lo siguiente: “...digital representation of value that can be digitally traded or transferred and can be used for payment or investment purposes...” [...representación digital de valor que puede ser digitalmente intercambiado o transferido y que puede ser usado con fines de pago o inversión...] (pp. 21-22). Sobre esto, la guía establece una serie de interpretaciones particulares:

1. Que los AV, al ser muy variables en cuanto a sus formas y presentaciones, deben de ser identificados y evaluados de forma individualizada por las jurisdicciones, y que estos deben de poseer una clasificación unitaria y no dual (p. 23), y;
2. Que los AV pudieran englobar a los tokens no fungibles o NFT, siempre y cuando estos puedan ser usados principalmente como medio de pago o inversión (p. 24).

Principalmente el segundo punto, referente a los NFT, resulta ser el más destacable, al ser la primera ocasión en donde el GAFI ha enfocado su punto de atención en estos. En principio tenemos que los NFT pudieran ser definidos, de acuerdo a la firma legal Clifford Chance²¹, como activos virtuales cuyas características únicas y unitarias pueden ser verificadas con el uso o empleo de cadenas de bloques, y que a su vez pueden representar digitalmente distintos

²¹ Clifford Chance, *Non-Fungible Tokens: The Global Legal Impact* (Londres: Clifford Chance, 2021), <https://rb.gy/sv85m5>.

tipos de activos físicos o intangibles (p. 1-2); por tal razón es que los NFT han sido empleados en reiteradas ocasiones como un instrumento dentro del mundo artístico o musical, ya que permiten la “Tokenización”²² de obras musicales, imágenes, obras de arte, entre otros.

A partir de la definición enunciada puede entreverse que, en función a la interpretación del GAFI sobre los NFT se trae consigo la implicación que sobre una buena parte de los NFT existentes deberán de aplicárseles las políticas, normas y procedimientos propios del Criminal Compliance al pasar a ser considerados como otros AV, pese a que en principio pueden tener multitud de usos distintos o simultáneos a los de medio de pago e inversión, estos últimos generalmente cuando se encuentran asociados a una D’app²³.

Esta interpretación, a la luz de la Providencia N° 044-2021, pudiera traer como consecuencia que la SUNACRIP comience a considerar a la mayoría de los NFT como AV; y ello subsecuentemente ocasionaría que todo aquella persona, bien sea natural o jurídica, que pretenda realizar o crear algún tipo de solución con uso o empleo de NFT, y que estos tengan un uso de pago o inversión, se encuentren no solamente como sujetos obligados al marco normativo general aplicable a los AV, sino también al cumplimiento de las obligaciones de Criminal Compliance contenidas tanto en la mencionada Providencia, como en demás leyes y disposiciones especiales en la materia. Tales posibles escenarios resultan ser altas cargas de cumplimiento legal sobre un sector que antes no se encontraba provisto de regulación, y que conforma entonces un elemento a considerar a futuro por los eventuales emprendedores o desarrolladores.

Igualmente, otras de las definiciones las cuales le fueron actualizadas sus interpretaciones y extensiones es la de los PSAV. La GAEBRAV en primer lugar, no realiza mayor actualización sobre la definición taxativa de qué es exactamente un PSAV (p. 24), pero sí desarrolla en los parágrafos 56 y siguientes una serie de aclaratorias a los fines de extender la interpretación de qué es un PSAV:

1. Que, de acuerdo con el parágrafo 56, la definición de lo que es un PSAV y la labor de establecer qué es y no un PSAV le corresponde tanto al GAFI, como a las jurisdicciones y sus cuerpos legislativos, y

²² Proceso de crear una representación digital, en forma de token, de un determinado activo.

²³ Por D’App se entiende generalmente como aquella aplicación construida por encima de una tecnología de cadenas de bloques, y que conforman el *front-end* de la misma.

- no a la persona natural o jurídica mediante el uso de terminología tecnológica (p. 24);
2. Que los PSAV pudieran ser tanto personas naturales como jurídicas, siendo esto último la forma más común que adopta un PSAV (p. 24);
 3. Que la palabra “conducta” implica, de acuerdo con el parágrafo 59, tanto la provisión como facilitación activa de un servicio vinculado a los AV (p. 24), y;
 4. Que una aplicación DeFi²⁴, en principio, no puede ser en sí un sujeto obligado a los lineamientos del GAFI y su respectiva jurisdicción, pero sí puede ser un sujeto obligado (ergo, un PSAV) aquel que desarrolle o provea una aplicación DeFi, ello de acuerdo con el parágrafo 67 (p. 56).

Es de indicar que la normativa nacional en materia de criptoconomía si contempla definiciones tanto de AV, como de PSAV, tal como ocurre en el artículo 2 y 3 (literal a) de la Providencia N° 044-2021. Tales definiciones, cuyo contenido es exacto a lo dispuesto en la guía, no traen consigo las interpretaciones tan extensivas realizadas por el GAFI, y ello pudiera traer algunas incompatibilidades en torno a lo que se considera un AV/PSAV por parte de la SUNA-CRIP y su providencia respecto a la mencionada guía.

La principal incompatibilidad, y que traería consigo una omisión a los lineamientos previamente expuestos en la GAEBRAV, es el que los proveedores de servicios DeFi se encuentren por los momentos excluidos de las obligaciones de Criminal Compliance contenidas en la Providencia N° 044-2021; aún con ello, en el artículo 2 existe una especie de compensación a tal carencia, como lo es la obligación en el quinto aparte de que todo aquel PSAV que opere en territorio nacional, bien sea con domicilio local o extranjero, deberá de cumplir y adaptar sus programas de cumplimiento a lo dispuesto en la providencia:

Artículo 2: ...Igualmente se encuentran obligados por estas normas, en todo cuanto les resulte aplicable, los propietarios, operadores y administradores de las plataformas tecnológicas y sitios web que, como conducta empresarial, participen en actividades o transacciones, para o en nombre de otro, que involucren activos virtuales y en la prestación de servicios de intermediación, préstamos, comercia-

²⁴ Se entiende por DeFi por toda aquella aplicación construida generalmente sobre diversas D’Apps, y que permite el otorgamiento a usuarios a soluciones financieras de forma descentralizada, a diferencia de una D’App la cual puede tener distintos usos más allá de lo financiero.

lización, intercambio y transferencia de valores representados en activos virtuales, que operen en o desde el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. Estas plataformas tecnológicas y sitios web deben estar autorizadas por la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas (SUNACRIP), para operar en o desde el territorio nacional...

Igualmente es de indicar que, visto el enfoque particular e impositivo que ha adoptado el GAFI sobre las aplicaciones DeFi, que estas en algún momento se vean incluidas dentro de nuestra normativa nacional.

4. La nota interpretativa de la Recomendación 15 del GAFI, y la aplicación de la debida diligencia del cliente y la regla de viaje

Como cuarto punto tenemos que la GAEBRAV realiza una serie de interpretaciones sobre cómo debe de procederse en cuanto a la aplicación de Recomendación 10 y 16 del GAFI²⁵, “regla de viaje” y “debida diligencia del cliente”, a partir de la Nota Interpretativa de la Recomendación 15 del GAFI²⁶.

La GAEBRAV indica que DDC, por una parte, comporta la obligación de coleccionar y verificar una serie de informaciones identificatorias en caso de que una transacción implique la transferencia ocasional de AV por un monto por encima de los 1.000 USD/EUR (p. 49); esto se traduce, en la práctica, a coleccionar y verificar la información del cliente solicitante de la transacción²⁷. Por otra parte, tenemos como Regla de Viaje la obligación de obtener, mantener y suministrar la información tanto del solicitante como del beneficiario a lo largo de la cadena de transferencia de un AV (p. 82).

a. Sobre la debida diligencia del cliente

Entre las interpretaciones contenidas en la GAEBRAV sobre la DDC, se encuentran aspectos como el dispuesto en el Parágrafo 191, que les otorga la

²⁵ Grupo de Acción Financiera Internacional, *The FATF Recommendations* (París: GAFI, 2021). <https://rb.gy/zjm3qi>.

²⁶ “Recomendación 15. Nuevas tecnologías”, Grupo de Acción Financiera del Caribe, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/2tm7lq>.

²⁷ De acuerdo con la GAEBRAV, se deberán de coleccionar y verificar en el caso de los PSAV datos tradicionalmente manejados en una DDC, tales como “...*dirección física, fecha de nacimiento, y un número de identificación nacional*” Grupo de Acción Financiera Internacional, *Updated...*,80, y datos específicos al contexto de las tecnologías ligadas a los AV/PSAV, como lo son “...*Dirección IP con sello de tiempo; data de geo-localización; identificadores de dispositivos; direcciones de wallets de AV; y hashes de las transacciones*” Grupo de Acción Financiera Internacional, *Updated...*,81.

capacidad a las jurisdicciones de obligar a que los PSAV deban de realizar una DDC atenuada en toda aquella transacción por debajo del umbral mínimo de 1.000 USD/EUR (p. 61). Ello pudiera traducirse a que las PSAV decidan preferiblemente, y de forma adelantada, aplicar en cualquier transacción lo mínimo referente al DDC, que de acuerdo con la guía se traduciría en colectar (mas no verificar) el nombre del solicitante y el beneficiario, y las wallets asociadas o un identificador único de transacción (p. 61).

También tenemos como otro aspecto a evaluar el Parágrafo 271, el cual señala que en caso de no poder realizarse una efectiva DDC al solicitante de una transacción la misma debe de ser rechazada, y a su vez, añadida en una lista negra de direcciones de AV de acuerdo con la legislación de la jurisdicción competente. Una medida, evidentemente, lógica desde una perspectiva del Criminal Compliance, pero que resulta forzosa a nivel comercial, debido a que los procesos de DDC en ocasiones pueden tomar un tiempo considerable y por tal razón pudieran perderse posibles comisiones o negocios si se sigue al pie de la letra tal recomendación.

Subsecuentemente, dentro del Parágrafo 277 de la GAEBRAV se dispone que los PSAV y demás entidades obligadas deberían de tomar en consideración los altos riesgos inherentes a las wallets no custodiadas, e inclusive establece como escenario abierto la posibilidad de que los PSAV directamente monitoreen activamente las transacciones de la referida wallet, o en su defecto, rechacen cualquier tipo de transferencia de AV a la misma (p. 81). Lo mencionado constituye, tal como se ha mencionado en el anterior párrafo, en una presión regulatoria la cual eventualmente se pudiera extender a que los PSAV se rehúsen en gran parte o en su totalidad a permitir cualquier tipo de retiro de fondos o transferencias de AV a wallets que no sean custodiadas por empresas fiables, delimitando hipotéticamente con ello la característica amplia y libertaria que implica poder escoger como usuario el tipo de wallet de acuerdo a las conveniencias y exigencias del caso.

Por último, en lo que respecta a la DDC, es importante señalar que la Providencia N° 044-2021 sí contiene, dentro de su artículo 40, la obligación por parte de los PSAV de efectuar una DDC cuando se realice una transacción por encima de los 1.000 EUR, cuando el PSAV lo estime conveniente por sospecha de LC/FT/PADM y cuando se tenga sospecha sobre la veracidad de los datos suministrados por el cliente. Por ende, los efectos de las aclaratorias realizada por la GAEBRAV se traducirían únicamente en la obligación que tiene actual-

mente la SUNACRIP de en algún momento exigirles a sus sujetos obligados la realización de una DDC mínima en transacciones por debajo del umbral de los 1.000 EUR.

b. Sobre la regla de viaje

En relación con lo dispuesto en la GAEBRAV en lo que respecta a la Regla de Viaje, anteriormente definida, que a diferencia de como ocurre con el caso de la DDC, el cual posee un umbral mínimo para su aplicación, esta deberá de efectuarse en la gran mayoría de las transacciones²⁸, sin tomar en mayor consideración la cuantía de la transferencia (p. 56). Igualmente tenemos en los párrafos 182 y 183 qué tipo de información deberá de recopilarse, tanto por parte de la entidad quien origina la orden de pago, como de la entidad beneficiaria de este (p. 57-58).

Si bien, y en principio, las obligaciones de recopilación antes transcritas pudieran pensarse como semejantes a las contenidas en una DDC, la mayor diferencia o cambio que implica la Regla de Viaje, en función a la GAEBRAV, es que esta información no solamente deberá de ser almacenada o registrada dentro de la base de datos interna del PSAV, si no subsecuentemente transmitida a la entidad beneficiaria de la orden de transferencia (p. 59). Transmisión la cual, de forma cónsona con las exigencias en las instituciones financieras tradicional, deberá de realizarse con mecanismos tecnológicos que aseguren una inmediatez y seguridad, todo ello a los fines de proteger y custodiar la información de las partes involucradas (p. 59).

De manera que, tomando en consideración los aspectos de la Regla de Viaje, la citada comporta en definitiva un mecanismo por el cual pasar por encima de la naturaleza anónima²⁹ o seudónima³⁰ de una buena parte de los Acti-

²⁸ De acuerdo con la GAEBRAV, se obliga a los PSAV, en función al Parágrafo 179, a aplicar la Regla de Viaje en escenarios tales como: Transferencias bancarias tradicionales realizadas en beneficio de un VASP, transferencias de VA entre un VASP y una entidad obligada, y la transferencia de un PSAV a una wallet no custodiada, hecho previamente considerado en el presente artículo Grupo de Acción Financiera Internacional, *Updated...*,56.

²⁹ Un ejemplo de un AV anónimo lo tenemos con XMR, la criptomoneda construida sobre la tecnología Monero, y que otorga una confidencialidad absoluta a las transacciones al mezclar entre sí diversas direcciones de pago al momento de registrar la información.

³⁰ El ejemplo más claro de un AV que implique un pseudoanonimato es el Bitcoin, ya que en su cadena de bloques se registra las wallets o direcciones de llave pública, y que por ende tales direcciones comportan una identificación parcial de las partes involucradas en una transacción.

vos Virtuales, a raíz de que ello, tal como ya se ha mencionado anteriormente, se considera como una puerta abierta a la comisión hipotética de delitos de LC/FT de acuerdo al criterio manejado por la GAFI en su GAEBRAV. Ello también trae consigo una obligación de inversión tecnológica, por parte de los PSAV, de lograr implementar mecanismos efectivos de transmisión de información seguros y fiables.

Tales aspectos de la no tan nueva Regla de Viaje³¹ han sido señalados, en el pasado, como obligaciones problemáticas. Siân Jones opinó, en entrevista con Partz, que “...Es un requisito que entró en juego en 2019 [...] Pero sin duda habrá algunos problemas crecientes a medida que los países implementen una gama más amplia de requisitos del GAFI, así como están aplicando la regla de viajes a los VASP”³². De tal opinión es importante extraer la problemática fáctica la cual se han enfrentado los PSAV en función a lograr integrar dentro de sus estructuras corporativas una implementación idónea de un sistema de Regla de Viaje. Igualmente, en la mencionada entrevista se destacó cómo las recomendaciones y lineamientos del GAFI suelen tomar años en ser adoptados por la totalidad de las jurisdicciones obligadas.

De este modo, y aun tomando en consideración que sobre la Regla de Viaje existen aún ciertos escepticismos por parte de los PSAV, existe en Venezuela una mención legal a dicha obligación, ya que la Providencia N° 044-2021 en sus artículos 42 y 43 obliga a los PSAV a retener la información identificativa danto del originador, como del beneficiario, y a transmitirla en medios que pudieran ser distintos a los usados por los AV para la transmisión de la información. Por consecuencia, la normativa nacional sí se encuentra más adaptada a las exigencias o lineamientos del GAFI en lo que a la Regla de Viaje respecta, o al menos en contraposición con el escenario de la DDC ya mencionado.

IV. Conclusiones

Luego de la revisión efectuada de la “Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers” del GAFI, se puede decir como conclusiones del presente estudio que la misma conforma un

³¹ La misma lleva existiendo desde que el GAFI suscribió la Nota Interpretativa de la Recomendación N° 15 en el año 2019, mas no existían las aclaratorias sobre la forma en que debe de ser aplicada.

³² Helen Partz, “La fecha límite del GAFI para la regla de viaje es un mito, según Siân Jones”, *Cointelegraph*, 12 de mayo, 2020, acceso el 01 de abril de 2022, <https://rb.gy/jgcqew>.

documento indispensable para saber y entender el cómo de la aplicabilidad del Criminal Compliance al paradigmático sector de los AV y sus respectivos proveedores. El GAFI, mediante el mencionado instrumento, ha impuesto una notable carga de cumplimiento en materia penal bastante notable, y que en lo que a PSAV se refiere es de esperar cómo se dará inicio a unos lentos procesos de implementación, dentro de sus sistemas, de todos aquellos mecanismos y funcionalidades que permitan el cumplimiento de las directrices ya destacadas, ya que como se ha podido observar los PSAV han quedado obligados a cumplir con la gran mayoría de las obligaciones que las instituciones financieras tradicionales tienen que cumplir y asimilar³³.

Otra de las ideas conclusivas que hay que destacar, provenientes del análisis documental realizado es que, pese a que en Venezuela se suele pensar que el aparato regulatorio se encuentra atrasado de las tendencias normativas del continente, en lo que respecta a materia regulatoria de activos virtuales sí existe una estructura legal relativamente consolidada, e inclusive normas que aplican y contemplan gran parte de los puntos incorporados por el GAFI en su GAEBRAV. Pero, ello no implica que no exista trabajo por realizar por parte de la SUNACRIP, ya que como se ha podido observar el suscribir una Providencia de forma anticipada a la publicación de la referida actualización de la guía ha ocasionado que algunos de sus apartados hayan quedado u obsoletos, y que por consecuencia una de las recomendaciones clave que pudiera dejar el presente análisis es actualizar el contenido de la Providencia N° 044-2021 para lograr una efectiva adecuación de la legislación nacional.

Por último, queda por parte de los PSAV a nivel nacional un enorme desafío; implementar y hacer cumplir con todas y cada una de las Recomendaciones del GAFI, los lineamientos contenidos en la actualización de la guía y lo dispuesto por la SUNACRIP implica no solamente una labor profesional la cual, de forma indispensable, amerita la asesoría por parte de expertos en el área; también conlleva la inversión, relativamente considerable, de programas, políticas y procedimientos tanto físicos y digitalizados para el correcto cumplimiento de lo señalado, y pudiera ser esto contraproducentemente un factor que aleje a

³³ Pudiera decirse que, en algunos casos, como la posibilidad por parte de las jurisdicciones y sobre los PSAV, de establecer que umbral mínimo de la DDC sea inferior al recomendado, o en su defecto se aplique una DDC atenuada, conforman pasos y exigencias que van un poco por encima de lo que ya se exige actualmente en las instituciones financieras tradicionales.

Actualización de la guía de enfoque basado en riesgo sobre activos virtuales y sus proveedores:
Análisis e implicaciones en la legislación venezolana

las personas naturales y jurídicas a decidir emprender camino dentro de este nuevo sector comercial.

Panorámica iberoamericana de las actuales tendencias jurídicas sobre las personas con discapacidad

Emilio Spósito Contreras*

pp. 175-191

Invitado: 19 may 2022

Sumario

I. Introducción | II. Desarrollo | 1. Noticia: la Ley española 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica | 2. Antecedentes | 3. Definición técnico-legal de las personas con discapacidad en el Derecho venezolano | 4. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo (13 de diciembre de 2006) | 5. El nuevo paradigma del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad | 6. El proyecto venezolano de Ley Orgánica para la Protección de Personas con Discapacidad | 7. Panorámica de la capacidad jurídica en el subsistema jurídico latinoamericano | III. Conclusión y advertencias finales

* Instituto de Estudios Superiores en Administración (IESA), Magíster en Administración. Universidad Central de Venezuela (UCV), Abogado; Especialista en Derecho Administrativo; cursante del Doctorado en Ciencias mención Derecho; Profesor Agregado de Derecho Civil I (Personas). Universidad Monteávila (UMA), Profesor de Historia del Derecho (Derecho Romano I). Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), Investigador asociado.

Panorámica iberoamericana de las actuales tendencias jurídicas sobre las personas con discapacidad

Resumen: Es previsible el avance (“penetración”) del nuevo paradigma de las personas con discapacidad en los ordenamientos del sistema jurídico romanista. No obstante, debemos ser cautelosos por los importantes efectos que entre nosotros puede significar la modificación o supresión de instituciones protectoras tan fundamentales como la patria potestad, la tutela de mayores incapaces o incluso la prodigalidad como causa de la incapacitación. En materia de personas con discapacidad, aunque resulta muy positivo el perfeccionamiento del concepto de discapacidad, ello no debe llevarnos a subestimar o rechazar las instituciones que tradicionalmente han sido creadas para la protección de los comparativamente más vulnerables. La subversión del sentido tuitivo de nuestro Derecho no es un evento cualquiera, sino que puede amenazar las propias bases de nuestra convivencia.

Palabras claves: Discapacidad | Ordenamiento | Patria potestad | Persona | Prodigalidad | Sistema jurídico | Tutela.

Ibero-American overview of current legal trends on persons with disabilities

Abstract: The advance (“penetration”) of the new paradigm of persons with disabilities in the civil legal system is foreseeable. However, we must be wary of the important effects that the modification or abolition of protective institutions as fundamental as parental authority can have among us, the guardianship of incapable adults or even prodigality as a cause of incapacitation. With regard to persons with disabilities, although the concept of disability has been improved very positively, this should not lead us to underestimate or reject the institutions that have traditionally been created for the protection of the comparatively vulnerable. The subversion of the tuitive sense of our Law is not just any event, but it can threaten the very foundations of our coexistence.

Keywords: Disability | Law | Parental authority | Person | Prodigality | Legal system | Guardianship.

I. Introducción

El 12 de julio de 2021, previo a la aprobación de la reforma de la legislación civil y procesal española en materia de discapacidad, la Cátedra Domínguez Guillén, con la moderación del profesor Edison Valera Cáceres, tuvo a bien invitar al autor del presente trabajo a disertar sobre las nuevas tendencias jurídicas en materia de personas con discapacidad, para lo cual se dejaron por escrito las reflexiones que ahora se presentan como una contribución al debate sobre un tema tan importante como sensible para las personas, las familias y la sociedad.

Dicho esto, como premisa teórica, a partir de lo señalado por Pierangelo Catalano, profesor emérito de la Universidad de Roma La Sapienza, distinguimos entre ordenamientos y sistemas jurídicos¹. Así, por ejemplo, para el primer caso, hablamos de Derecho venezolano o Derecho español, y para el segundo caso, de Derecho romano o Derecho anglosajón, es decir, sistemas como expresión de la cultura. A partir de ello, Catalano advierte de la interacción entre ordenamientos y sobre todo sistemas, que determinan -sin que ello implique a priori una valoración-, movimientos de “penetración” y “resistencia” de conceptos e instituciones jurídicas. La recepción del Derecho Romano por los árabes y los germanos durante la Edad Media, son ejemplo de la más o menos exitosa penetración de un sistema en otro.

Por otra parte, temas delicados como el reconocimiento de derechos a animales no humanos o inteligencias artificiales, la legalización del aborto, el matrimonio de personas del mismo sexo o la eutanasia, pero también el alcance de la propiedad privada, el intervencionismo o el proteccionismo, trascienden en nuestro medio como casos de resistencia ante la penetración de instituciones originadas en sistemas jurídicos, en culturas, distintas. En los últimos tiempos, además debemos destacar la relevancia de las diversas instancias internacionales como vehículos o motores de la penetración de instituciones jurídicas vinculadas a los derechos humanos. En tal sentido, por ejemplo, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, promueve la implementación del aborto legal, seguro y

¹ Pierangelo Catalano, “Sistema y Ordenamientos: El ejemplo de América Latina”, *Roma e America Diritto Romano Comune: Atti del Congresso Internazionale Mundus Novus. America Latina. Sistema Giuridico Latinoamericano* 18, (2004): 19-25.

accesible en los países menos desarrollados como mecanismo de control de la natalidad.

La noción de discapacidad y la derogación de instituciones jurídicas como la tutela de entredichos y la prodigalidad, contenidas expresa o tácitamente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo (13 de diciembre de 2006), es promovida por el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad y ha sido recogida por organizaciones regionales como la Unión Europea, que por decisión del Consejo del 24 de noviembre de 2009, aprobó la referida Convención²; así como, por supuesto, países como España o Portugal³, partes de la Unión Europea.

La reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal española para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴, conforme a la aludida Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, es una oportunidad para reflexionar sobre los movimientos legislativos de un como España, importante referente de América Latina, frente lo que pasa en Venezuela y otros países de la región, todos parte del sistema jurídico romanista, tal como nos lo recordaba el “venerable” profesor Giorgio La Pira (1904-1977), de la Universidad de Florencia⁵, o al menos de un “subsistema jurídico latinoamericano”, en expresión acuñada por Sandro Schipani, también profesor emérito de la Universidad de Roma La Sapienza⁶.

² Israel Biel Portero, “El primer Tratado de Derecho Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista General de Derecho Europeo* 21 (2010): 1-16.

³ Por Ley 49/2018, del 14 de agosto, que “Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil”, Portugal adaptó su ordenamiento a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, en los términos dictados por el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 132, del 3 de junio de 2021. Tiene una vacatio legis de tres meses, por lo cual entró en vigor el 3 de septiembre de 2021.

⁵ Pierangelo Catalano, “Introducción Pro Memoria”, en *Estudios latinoamericanos de derecho romano*. Ed. por Jorge Adame Goddard y Horacio Heredia Vázquez, editores (México: Universidad Autónoma de México - Instituto de Estudios Jurídicos, 2017), 3-19.

⁶ Sandro Schipani, “Reconocimiento del subsistema latinoamericano, interpretación sistemática y unificación del Derecho” *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* 149 (2010), 413-430.

II. Desarrollo

1. Noticia: la Ley española 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

En el marco de la concepción de discapacidad contenida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y desarrollada por el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, surgió la Ley española 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷.

Al respecto, partiendo de que las personas con discapacidad son jurídicamente capaces (artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), se reforma entre otros textos el Código Civil español, pretendiendo superar los regímenes de representación existentes (la tutela -que se limita a los menores de edad-, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada), por “medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Tales medidas de apoyo -*numerus apertus*- (artículo 249 y siguientes del Código Civil español), bajo control judicial, incluyen el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo y, eventualmente, la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad e incluso la representación en la toma de decisiones (guarda de hecho, curatela y defensa -defensor-judicial en caso de conflicto de intereses del curador).

En este último caso, en virtud de la denominada “autocuratela” (artículos 271 al 274 del Código Civil español), se considera la voluntad de la persona discapacitada sobre el llamado a ejercer la curatela. Asimismo, podrán ser sujetos de medidas de apoyo, cualquiera que, con independencia de su reconocimiento o no como persona en situación de discapacidad.

⁷ El texto consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

También se deroga la institución prodigalidad, alegándose en la exposición de motivos que “(...) los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”. No obstante, el ludópata, por ejemplo, difícilmente encuadra en la descripción de la persona con discapacidad prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En la exposición de motivos de la Ley, se deja claro que se trata de un cambio de paradigma y, coincidiendo con posturas ideológicas liberal-progresistas, se abunda en juicios negativos sobre el “sistema anterior”, calificado de paternalista, rígido, poco adaptado, periclitado, más preocupado por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de ésta.

2. Antecedentes

Como advierte el profesor Antonio Fernández de Buján, de la Universidad Autónoma de Madrid, los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar son una elaboración de la Pandectística alemana basada en la tradición romanística⁸. Así, por ejemplo, sabemos que ya en la Ley de las XII Tablas⁹ se establecía; “Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto” (5, 7a), atribuyendo a los agnados y los gentiles, la curatela o el cuidado del furioso o privado de entendimiento, sui iuris o no sometido a la patria potestad o la tutela.

La expresión furioso, cuyo primer uso en los textos latinos se atribuye a Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.) en *De inventione* (2, 50, 148-149), se ha vinculado a la diosa romana Furrina o, más claramente, a la posesión de las primitivas deidades conocidas como Furias -o Erinias en Grecia-: la implacable Alecto, la celosa Megera, la vengadora Tisífone, etcétera. Expresiones latinas menos poéticas para referirse a la persona privado parcial o totalmente de entendimiento, son: insano-insanus, cerritus, larvatus, desipio, deliro, excors, rabies, stultus, ineptus, insulsus, amens-amentia, demens-dementia, inscitus, entre otras.

⁸ Antonio Fernández de Buján, “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 23 (2011): 53-81.

⁹ Xavier D’Ors, “Sobre XII Tab. v, 7a: «Si furiosus escit...»”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50: Homenaje a Alfonso García-Gallo y de Diego (1980): 797-814.

Posteriormente, en las Instituciones del emperador Justiniano (482-565), encontramos disposiciones que exigen del mudo y el sordo la cabal comprensión y la posibilidad práctica de expresar su voluntad para ser parte de un contrato: “Mutum neque stipulari neque promittere posse, palam est. Quod et in surdo receptum est, quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et is, qui promittit, verba stipulantis udire debet: unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non audit” (Inst. 3, 19, 7).

La recepción de dicha disposición, a propósito de matrimonio, la encontramos en las Siete Partidas del rey Alfonso X, el Sabio (1221-1284): “Pero razón hay por la que se podría hacer el matrimonio sin palabras tan solamente por el consentimiento; y esto sería como si alguno casase que fuese mudo, que aunque por palabras no pudiese hacer el casamiento, lo podría hacer por señales y por el consentimiento” (4, 2, 5).

En la modernidad, bajo la influencia de la teoría del Gran Hombre explicada por Thomas Carlyle (1795-1881), en el artículo 489 del Código Civil (1803-1804) elaborado a instancia del entonces primer cónsul Napoleón Bonaparte (1769-1821), se señala descarnadamente: “Le majeur qui est dans un état habituel d’imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides”.

Posteriormente, bajo la corrección del decano Jean Carbonnier (1908-2003), el Código francés se modificó en 1968, adquiriendo una redacción más sutil en su actual artículo 490:

Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l’âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l’un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants.

Les mêmes régimes de protection sont applicables à l’altération des facultés corporelles, si elle empêche l’expression de la volonté.

L’altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie.

El artículo 324 del Código Civil italiano de 1865, conocido como Código Pisanelli, por su proyectista Giuseppe Pisanelli (1812-1879) -entonces ministro de gracia y justicia del Reino de Italia-, contiene la norma que sirvió de modelo a nuestro artículo 393 del Código Civil, en materia de capacidad e interdicción civil: “Il maggiore di età ed il minore emancipato, il quale si trovi in condizione di abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, deve essere interdetto”.

3. Definición técnico-legal de las personas con discapacidad en el Derecho venezolano

En el “buen decir” del Código de Chile (1855) proyectado por Andrés Bello (1781-1865), a propósito de las tutelas y curatelas, el artículo 338 señala que éstas existen: “(...) a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios”. Destaca de la referida norma el carácter tuitivo de tales instituciones y el elemento voluntad, o falta de éste, que subyace en la condición de las personas que se busca favorecer o proteger jurídicamente.

Por su parte nuestro Código Civil (de 1942, reformado en 1982 y publicada en Gaceta Oficial número 2.990 Extraordinaria, del 26 de Julio de 1982), al distinguir entre interdicción (tutela) e inhabilitación (curatela), establece que el primer caso está referido a aquellas personas mayores de edad o emancipados: “(...) que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses (...), aunque tengan intervalos lúcidos” (artículo 393) y el segundo caso, al: “(...) débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo” (artículo 409).

La previsión del pródigo se explicaría no por la falta de razonamiento - como aducía Charles Demolombe (1804-1887)- o siquiera por la ausencia de voluntad, sino por la existencia de una voluntad dañosa -aristotélicamente nula-, capaz de afectar negativamente el patrimonio de la propia persona y amenazar, en lo particular, a aquellos que, por ejemplo, podrían tener obligaciones alimentarias con el pródigo (la familia) y, en lo general, a toda la sociedad.

En el artículo 410 del Código Civil -ahora derogado-, se aludía a la inhabilitación de derecho para: “El sordomudo, el ciego de nacimiento o el que hubiere cegado durante la infancia”, salvo que un juez determinara lo contrario.

Más allá de ello, en la derogada Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas (Gaceta Oficial número 4.623 Extraordinario, del 3 de septiembre de 1993), se introduce el concepto de “persona incapacitada” como: “aquellas cuyas posibilidades de integración social estén disminuidas en razón de un impedimento físico, sensorial o intelectual en sus diferentes niveles y grados que limite su capacidad de realizar cualquier actividad”.

En este caso, el supuesto va más allá de problemas en la manifestación de la voluntad y se extiende a todos aquellos que experimentan dificultades de

interacción social. Es de resaltar que el impedimento físico, de no incidir en la manifestación de la voluntad de las personas, no es de los supuestos contemplados en el Código Civil para la interdicción o siquiera la inhabilitación. La confusión al respecto, generada a partir de una falacia de generalización, provocará importantes controversias en la interpretación de las normas sobre la materia.

La virtud de la aludida Ley para la Integración de las Personas Incapacitadas fue creación del Consejo Nacional para la Integración de Personas Incapacitadas -adscrita al entonces Ministerio de la Familia-, para coordinar las políticas públicas en materia de “personas incapacitadas”.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptado en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos celebrada en Guatemala el 6 de julio de 1999, fue aprobada por Venezuela (Gaceta Oficial número 38.347 del 30 de diciembre de 2005) y notificada al organismo regional el 28 de septiembre de 2006; en dicho texto se refieren a las personas con discapacidad como aquellas que padecen “(...) una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (artículo 1, numeral 1).

En el artículo 81 de la Constitución venezolana de 1999, se estableció lo siguiente:

Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana.

Asimismo, se contempla a las personas con discapacidad en los supuestos de los artículos 86, 103 y 178. En la jurisprudencia relevantes en la materia, puede referirse la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 247 del 29 de marzo de 2016.

Posteriormente, se dictó la Ley para las Personas con Discapacidad (Gaceta Oficial número 38.598 del 5 de enero de 2007), en la que se define a las “personas con discapacidad” (artículo 6), como:

(...) todas aquellas personas que por causas congénitas o adquiridas presenten alguna disfunción o ausencia de sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas; de carácter temporal, permanente o intermitente, que al interactuar con diversas barreras le impliquen desventajas que dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social, así como el ejercicio pleno de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás.

Se reconocen como personas con discapacidad: Las sordas, las ciegas, las sordociegas, las que tienen disfunciones visuales, auditivas, intelectuales, motoras de cualquier tipo, alteraciones de la integración y la capacidad cognoscitiva, las de baja talla, las autistas y con cualesquiera combinaciones de algunas de las disfunciones o ausencias mencionadas, y quienes padezcan alguna enfermedad o trastorno discapacitante; científica, técnica y profesionalmente calificadas, de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud de la Organización Mundial de la Salud.

En la Ley se establecen los derechos de las personas con discapacidad (artículos 10 al 51). Se crean los comités comunitarios de personas con discapacidad (artículo 49) y en sustitución del Consejo Nacional para la Integración de Personas Incapacitadas, se crea el Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (Conapdis), adscrito al actual Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno.

El Conapdis articula el denominado el Sistema Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad (artículos 52 y 53) y se organiza en unidades municipales (artículos 65 al 68) que, entre otras competencias, lleva un Registro Nacional de Personas con Discapacidad (artículo 68) y aplica el procedimiento en caso de infracción del régimen sancionatoria establecido en la Ley (artículos 73 al 96).

Al derogarse expresamente en la Ley, lo dispuesto en el artículo 410 del Código Civil, se eliminó la llamada por la doctrina inhabilitación legal, quedando “el sordomudo, el ciego de nacimiento o el que hubiere cegado durante la infancia”, emancipados o capaces al cumplir la mayoría de edad, salvo que un juez determinara lo contrario.

Recientemente, Venezuela se adhirió al Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, adoptado en Marrakech el 27 de junio de 2013, sin la debida aprobación de ley de la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 18, constitucional)¹⁰. En dicho texto, se refieren a la persona con discapacidad visual, como aquella que a) es ciega; b) que:

(...) padezca una discapacidad visual o una dificultad para percibir o leer que no puede corregirse para que permita un grado de visión sustancialmente equivalente al de una persona sin ese tipo de discapacidad o dificultad, y para quien es imposible leer material impreso de una forma sustancialmente equivalente a la de una persona sin esa discapacidad o dificultad; o

c) que no pueda de otra forma, por una discapacidad física, sostener o manipular un libro o centrar la vista o mover los ojos en la medida en que normalmente se considera apropiado para la lectura.

4. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo (13 de diciembre de 2006)

Aunque en Venezuela se hizo el esfuerzo de actualizar la legislación en materia de atención de las personas con discapacidad, pocos días antes de la Ley para Personas con Discapacidad (29 de diciembre de 2006), las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, llamada a ser paradigma mundial en el área de protección de esta categoría de personas.

Ello quizás explicaría el por qué Venezuela tardó casi tres años en tratar de asimilar y aprobar la Convención (Gaceta Oficial número 39.236 del 6 de agosto de 2009), y dar cuenta de ello a las Naciones Unidas casi cuatro años más, el 24 de septiembre de 2013, cuando la representación del país realizó la siguiente “declaración”:

La República Bolivariana de Venezuela reafirma su absoluta determinación de garantizar los derechos y proteger la dignidad de las personas con discapacidad.

¹⁰ Leonel Salazar Reyes-Zumeta, “La constitucionalidad de la adhesión de Venezuela al Tratado de Marrakech para las personas con discapacidad visual”, *Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC)*, 10 de agosto de 2010, acceso el 01 de mayo de 2022, <https://rb.gy/dcyqg>.

En consecuencia, declara que interpreta el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención en el sentido de que, en caso de conflicto entre ese párrafo y las disposiciones de la legislación venezolana, serán aplicadas las disposiciones que garantizan la mayor protección jurídica a las personas con discapacidad, garantizando su bienestar y desarrollo integral, sin discriminación.

El aludido artículo 12, párrafo 2, uno de los más importantes de la Convención, establece: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

Ahora bien, más allá de justificar el tiempo transcurrido entre la aprobación de la Convención, su ley aprobatoria y la adhesión formal a la misma, la aludida declaración redundante en lo establecido en el artículo 23 de la Constitución venezolana de 1999 sobre el valor de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y deja pasar la oportunidad de reafirmar lo pacíficamente aceptado en el Derecho venezolano, en el sentido que “los individuos de la especie humana son personas” (artículo 16 del Código Civil), es decir, por el hecho de ser persona tienen personalidad y capacidad, “(...) pues existe una capacidad que todas las personas poseen”¹¹, la capacidad jurídica o de goce¹².

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, define “persona con discapacidad” como aquellas personas que: “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 1, único aparte).

¹¹ María Candelaria Domínguez Guillén, “Notas sobre la capacidad de las personas incorpóreas”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 3: Homenaje a la Dra. Gladys Rodríguez de Bello (2019): 243-282.

¹² Sobre el tema, entre otros, vide Edilia De Freitas De Gouveia, “La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana”, en *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronдона* 5, ed. por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002), 1/319-345; María Candelaria Domínguez Guillén, *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2001), 876; Edison Varela Cáceres, *Lecciones de Derecho Civil I Personas* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019), 717.

5. El nuevo paradigma del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

En general, con la Convención se busca que la discapacidad no sea una causa más de discriminación que afecte el reconocimiento de la dignidad y el disfrute de los derechos de las personas (artículos 3 al 7), lo que supone importantes derechos de prestación (verbi gratia los artículos 9, 20 y 28) y el examen de la actuación de los Estados al respecto. Para esto último, se creó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 34), que además de valorar los informes presentados por los Estados Partes (artículos 35 al 38), recibir denuncias contra los Estados Partes (Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), realiza sugerencias y recomendaciones de carácter general, que fijan la orientación de la protección de las personas con discapacidad (artículo 39).

Así por ejemplo, en materia de capacidad jurídica, la observación general del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, número 1-2014 del 11 de abril 2014: “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, señala que los “desequilibrios mentales”, “déficits en la capacidad mental” y otras “denominaciones discriminatorias”, “(...) no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica” y, por lo tanto, “(...) no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”. En el mismo sentido, se señala que: “Algunas medidas que discriminan a las personas con discapacidad son la tutela y la curatela”.

Asimismo, la observación general número 4-2016 del 26 de agosto de 2016: “Artículo 24: Derecho a la educación inclusiva”, propugna un modelo educativo en el cual los estudiantes de todas las capacidades -con y sin discapacidades- aprendan juntos en el mismo ambiente de aula.

Finalmente, la observación general del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, número 5-2017 del 27 de octubre de 2017: “Artículo 19: Vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad”, se inclinan por la asistencia personal frente a la institucional como la mejor forma de garantizar que la persona con discapacidad, cualquiera que ella sea, viva de forma independiente y sea incluida en la comunidad.

Son miembros destacados del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la mexicana Amalia Gamio Ríos (1951), con estudios médicos en la Universidad Nacional Autónoma de México; el japonés Jun Ishikawa

(1956), profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad de Shizuoka; el nigeriano Danlami Umaru Basharu (1959), con estudios jurídicos en Gales y Cambridge -presidente del Comité-; la australiana Rosemary Kayess (1963), profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derechos contra la Discriminación de la Universidad de New South Wales; el lituano Jonas Ruškus (1969), profesor de Trabajo Social de la Universidad Vytautas Magnus; entre otros¹³.

6. El proyecto venezolano de Ley Orgánica para la Protección de Personas con Discapacidad

La Asamblea Nacional resultado de las elecciones de 2020, promovió la reforma de la Ley para las Personas con Discapacidad de 2007, incluyendo algunas novedades de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero sin alterar en lo esencial la estructura de la referida Ley de 2007.

En tal sentido, en el proyecto se enumeran los “principios” establecidos en la Convención (artículo 4), incluyendo la “(...) libertad e independencia de las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones”; se redefine el concepto de personas con discapacidad (artículo 5); así como se detalla todo lo relativo a la clasificación, calificación y certificado de la discapacidad (artículo 6), competencia “única y exclusiva” del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (Conapdis).

También en sede administrativa, se contemplan una serie de medidas de protección o atención integral (artículos 7 y 8). En el proyecto se reafirman los derechos de las personas con discapacidad (artículos 9 al 58). Además de los comités comunitarios de personas con discapacidad (artículo 58) y el Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (artículos 60 al 72), se incluye la “Fundación Misión José Gregorio Hernández” (artículo 75); se crean las coordinaciones estatales y municipales para las personas con discapacidad (artículos 73); así como el Consejo Interministerial para la Participación, Dignificación y Atención Integral a las Personas con Discapacidad (artículo 59).

Entre sus atribuciones, el Conapdis lleva un “Registro Único Nacional” de personas con discapacidad (artículo 76) y coordina al conjunto de los “defen-

¹³ Sobre los miembros del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, véase <https://rb.gy/jkbfo7>.

sores y defensoras para la protección de personas con discapacidad”, “(...) quienes tendrán como función velar, garantizar y defender los derechos de las personas con discapacidad, así como ejercer las acciones pertinentes en aquellos casos en los cuales dichos derechos sean vulnerados” (artículo 77).

Finalmente, se desarrolla la competencia del Conapdis en la aplicación del procedimiento en caso de infracción del régimen sancionatoria establecido en la Ley (artículos 79 al 104).

La única mención a un régimen de protección de mayores de edad, lo encontramos en el artículo 69, al establecerse que:

No podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta, miembro principal o suplente del Directorio del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad:

1. Las personas sujetas a inhabilitación por condena penal o administrativa, interdicción civil mediante sentencia definitivamente firmes, las personas sometidas a beneficio de atraso y los fallidos no rehabilitados, y los declarados civilmente responsables mediante sentencia definitivamente firme, por actuaciones u omisiones en la actividad profesional en la cual se fundamenta su acreditación para ser elegible al cargo.

7. Panorámica de la capacidad jurídica en el subsistema jurídico latinoamericano

En América Latina el tratamiento legislativo de las personas con discapacidad es heterogéneo. En Argentina, por ejemplo, no existe una única ley sino varía de ellas, desde la Ley 19.279 de 1971 sobre Automotores para Lisiados -promulgada durante la dictadura de Alejandro Agustín Lanusse (1918-1996)-; la Ley 22.431 de 1981, sobre el Sistema de Protección Integral de las personas con discapacidad -promulgada durante la dictadura de Jorge Rafael Videla (1925-2013)-; la Ley 24.308 de 1993 que reglamenta las concesiones de pequeños comercios; la Ley 24.901 de 1997, del Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad; la Ley 25.504 de 2001 del Certificado de Único de Discapacidad; hasta la Ley 26.378 de 2008, aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

Por su parte Brasil, en su Ley 13.146 de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência o Estatuto da Pessoa com Deficiência), asume de manera bastante clara el nuevo paradigma de la Convención, al señalar en su artículo 84, que textualmente, establece:

A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

En el caso de Chile, en el artículo 3 de la Ley 20.422 de 2010, que establece las Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad; Colombia, en el artículo 3 de la Ley Estatutaria 1.618 de 2013; así como México, en el artículo 5 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de 2011; sin eliminar los regímenes de protección de mayores, alineados con lo dispuesto en la Convención, en general se reconoce a las personas con discapacidad el “principio” (¿derecho?), a una vida independiente, en virtud de lo cual se les garantiza tomar sus propias decisiones.

III. Conclusión y advertencias finales

Es previsible el avance (“penetración”) del nuevo paradigma de las personas con discapacidad en los ordenamientos del sistema jurídico romanista. No obstante, debemos ser cautelosos por los importantes efectos que entre nosotros puede significar la modificación o supresión de instituciones protectoras tan fundamentales como la patria potestad, la tutela de mayores incapaces o incluso la prodigalidad como causa de la incapacitación. La subversión del sentido tuitivo de nuestro Derecho no es un evento cualquiera, sino que puede amenazar las propias bases de nuestra convivencia.

El afán de novedad, e incluso esnobismo, tan del gusto de nuestro carácter, muchas veces nos hace asumir posturas que, por equivocadas o extrañas a nuestra cultura, están condenadas al fracaso. El problema al que nos enfrentamos es que mientras nos convencemos del error de la experiencia, retrocedemos en importantes materias, perdemos recurso y tiempo útiles para avanzar en problemas cuyas soluciones estaban más que probadas en nuestro sistema jurídico

y adaptadas a nuestra realidad. Los ejemplos de reformas jurídicas fallidas abundan en los casos de la Revolución Francesa (1789), la Revolución Rusa (1917) o la Revolución China (1949), por ejemplo.

Esta situación es todavía más compleja, cuando las tendencias innovadoras de moda provienen de instancias supranacionales y que se consideran “autoridades”, en las que dominan grupos de influencia no necesariamente legítimos, donde nuestros países no están suficiente o correctamente representados (a veces no hay juristas en las delegaciones de los países), o las representaciones de Estados pertenecientes a mismo sistema jurídico se presentan separadas y a veces hasta enfrentadas. Constituye un gran reto armonizar las ideas de soberanía popular y participación internacional e integración en instancias supranacionales.

En materia de personas con discapacidad, aunque resulta muy positivo el perfeccionamiento del concepto de discapacidad, ello no debe llevarnos a subestimar o rechazar las instituciones que tradicionalmente han sido creadas para la protección de los comparativamente más vulnerables (se insiste: patria potestad, tutela de mayores de edad, prodigalidad como causa de incapacitación, etc.). Encontramos más de un tipo de falacia cuando confundimos tomar remedios con estar enfermos, o asumimos que los regímenes de protección de incapaces son el problema y no una solución.

A este peligroso contexto, debe sumarse el interés político de gobiernos inescrupulosos, que encuentran en las personas con discapacidad y la legislación que los regula una oportunidad de establecer nuevas relaciones clientelares. La utilización del Derecho para intereses espurios, contrarios a la idea de justicia, lo deslegitima y es causa del deterioro social, la ruina del Estado y, sobre todo, el desprestigio de los abogados, llamados a velar por la correcta interpretación del Derecho y resistir sus desviaciones.

Cuando no iniciar un proceso de negociación: una visión desde la perspectiva de gestión de conflicto

Patricia K. Ugueto Solórzano*

pp. 193-203

Invitado: 06 ago 2022

Sumario

I. Introducción | II. Aproximación a la noción de conflicto e influencia del Método de Negociación de Harvard | 1. El primer pilar: separe a las personas del problema | 2. El segundo pilar: concentrarse en los intereses, no en las posiciones | 3. El tercer pilar: inventar opciones de mutuo beneficio | 4. El cuarto pilar: insista en que los criterios sean objetivos | III. Críticas al Método de Negociación de Harvard | IV. Incidencias prácticas | V. Conclusiones

* Abogada, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB, Venezuela, 2015). Magister en Finanzas, Instituto de Estudios Superiores de Administración (I.E.S.A., Venezuela, 2018). Cursante del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Corporativo, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB, Venezuela, 2022). Consultora Jurídica de Grupo Omnis.

Cuando no iniciar un proceso de negociación: una visión desde la perspectiva de gestión de conflicto

Resumen: El presente artículo pretende analizar el Método de Negociación desarrollado por el Proyecto sobre Negociación de la Universidad de Harvard, específicamente por Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton (1981), mejor conocido como la “Negociación según Principios”, y su efectividad. Adicionalmente, se determinará desde el punto de vista práctico, a partir de las conclusiones del Profesor Robert Mnookin, en su libro “Pactar con el Diablo” e incidencias prácticas propias, situaciones en las cuales resultaría mejor abstenerse de entrar en un proceso de negociación y buscar una mejor alternativa, a los fines de dirimir el conflicto.

Palabras claves: Negociación | Intereses | Principios | Críticas | Gestión de conflicto.

When not to start a negotiation process: a view from the perspective of conflict management

Abstract: This article aims to analyze the Negotiation Method developed by the Project on Negotiation at Harvard University, specifically by Roger Fisher, William Ury and Bruce Patton (1981), better known as "Negotiation according to Principles", and its effectiveness. Additionally, it will be determined from a practical point of view, based on the conclusions of Professor Robert Mnookin, in his book "Negotiating with the Devil" and own practical incidents, situations in which it would be better to refrain from entering into a negotiation process and search for a better alternative, in order to settle the conflict.

Keywords: Negotiation | Interests | Principles | Criticism | Conflict management.

I. Introducción

De acuerdo a Francisco J. Medina y Lourdes Munduate, existen diferentes formas de gestionar el conflicto, siendo la negociación la más habitual en el contexto organizacional. De modo que, “la negociación se produce cuando dos o más partes desean resolver sus diferencias mediante el diálogo y la transacción”¹.

Con ocasión a ello, es común observar que los principales centros de estudios a nivel mundial han desarrollado Programas de Negociación cuya médula es el método alternativo para la resolución de conflictos desarrollado por el Proyecto sobre Negociación de la Universidad de Harvard (en adelante el “Método de Negociación de Harvard”), el cual indiscutiblemente representa un hito en la forma en que se debe desarrollar una negociación exitosa, y con la cual, sin duda alguna, comulgamos a lo largo de su contenido.

Ahora bien, pensamos que el Método de Negociación de Harvard deja por fuera un elemento que vale la pena destacar y, es que, en determinados supuestos de hecho, adentrarse en un proceso de negociación puede resultar improductivo, en virtud de que el objetivo principal de la otra parte es dilatar el conflicto, sin la intención real y verdadera de solucionar el mismo. A los fines de ilustrar dicha afirmación, el presente artículo ejemplificará situaciones prácticas en las cuales haber recurrido al campo de la negociación, habría resultado infértil.

Por lo cual, concordamos a plenitud con el Profesor Andrés Mezgravis, quien aconseja que, si a través de otro mecanismo o alternativa podemos satisfacer mejor nuestros intereses, entonces no deberíamos aceptar ningún acuerdo², a lo cual le agregaríamos “o tan siquiera iniciar un proceso de negociación”.

II. Aproximación a la noción de conflicto e influencia del Método de Negociación de Harvard

Las Profesoras Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, definen el conflicto como “pelea, batalla o lucha, es decir, una confrontación física entre las partes.

¹ Francisco J. Medina y Lourdes Munduate, *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación* (Madrid: Ediciones Pirámide, 2013), 24.

² Andrés A. Mezgravis, “Negociación: Herramienta Básica para el abogado del Siglo XXI” *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* 9 (2010): 27.

Pero el significado se ha extendido para incluir un desacuerdo agudo u oposición de intereses, ideas, etc.”³. De manera tal que, podemos partir de una primera aproximación al conflicto como “una percibida divergencia de interés”⁴.

A partir de esta conceptualización, podemos adentrarnos en el estudio del Método de Negociación de Harvard, cuya base fundamental se centra en los intereses de las personas involucradas en el conflicto. En este sentido, se plantea un método alternativo a la negociación en posiciones, con el fin último de “producir resultados prudentes de forma eficiente y exitosa”, el cual puede resumirse en cuatro pilares fundamentales⁵.

1. El primer pilar: separe a las personas del problema

De acuerdo a Fisher, Ury y Patton, las partes de la negociación siempre deben ser vistas como seres humanos, y no simplemente como “representantes abstractos”⁶. En virtud de lo cual, una de las habilidades que debe tener un buen negociador es “comprender con empatía” el punto de vista de la otra parte⁷, lo cual se traduce en un beneficio, que permitirá reducir la zona de conflicto⁸.

Por lo tanto, la negociación tendrá un mejor resultado cuando las partes mejoren su capacidad de trabajar en forma conjunta en la resolución de sus diferencias⁹.

2. El segundo pilar: concentrarse en los intereses, no en las posiciones

De conformidad con los autores, “una posición es concreta y explícita; pero los intereses subyacentes pueden ser implícitos, intangibles y tal vez inconsistentes.”¹⁰ De modo que, los intereses están configurados por inquietudes, anhelos, esperanzas y temores¹¹.

³ Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, *Mediación para Resolver Conflictos* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2004), 40.

⁴ Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, *Mediación para...*, 43.

⁵ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder* (Barcelona: Grupo Editorial Norma, 20008), 11.

⁶ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...*, 23.

⁷ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...*, 28.

⁸ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...*, 30.

⁹ Andrés A. Mezgravis, “Negociación: Herramienta...”, 39.

¹⁰ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...*, 51.

¹¹ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...*, 52.

Normalmente pensamos que en virtud de que las posiciones de las partes en una negociación se oponen, también sus intereses se oponen; sin embargo, en muchas negociaciones, el análisis detallado de los intereses subyacentes mostrará la existencia de más intereses comunes, que opuestos¹². Por lo tanto, es necesario comunicar nuestros intereses, y tratar de conocer los de la otra parte.

3. El tercer pilar: inventar opciones de mutuo beneficio

El método de negociación de Harvard plantea que la habilidad de inventar opciones es una de las más útiles para un negociador¹³. Para estos fines, se requiere buscar soluciones que sean de bajo costo para el negociador, y de alto beneficio para la otra parte, y viceversa¹⁴.

Así las cosas, los intereses comunes presentes en cualquier negociación deben ser utilizados como oportunidades en pro de un objetivo común. Así, la insistencia en los intereses comunes permite que la negociación sea más fácil. Por lo tanto, un acuerdo exitoso debe satisfacer no sólo los intereses del negociador, sino también debe ser atractivo para los intereses de la otra parte¹⁵.

4. El cuarto pilar: insista en que los criterios sean objetivos

En un proceso de negociación, se debe negociar sobre una base que sea independiente de la voluntad de las partes, es decir, “sobre la base de criterios objetivos”¹⁶. Queda claro entonces que, los criterios objetivos deben ser legítimos, prácticos, e independientes de la voluntad de las partes; de forma tal que, al menos teóricamente hablando sean aplicables a ambas partes.

De modo tal que, antes de iniciar el proceso de negociación, resulta necesario ponerse de acuerdo en los principios o criterios que se van a usar a los fines de producir acuerdos de forma prudente y eficiente.

Ahora bien, a los fines de analizar la efectividad de las conductas de gestión de conflicto, Francisco J. Medina y Lourdes Munduate, plantean que tradicionalmente existe una perspectiva única que plantea que existen estilos de gestión de conflictos más efectivos que otros¹⁷. Al respecto, encontramos que,

¹² Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...,* 50.

¹³ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...,* 67.

¹⁴ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...,* 89.

¹⁵ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...,* 70.

¹⁶ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí, ¡de acuerdo! ...,* 95.

¹⁷ Francisco J. Medina y Lourdes Munduate, *Gestión del Conflicto...,* 76.

desde un punto de vista teórico, “únicamente se consiguen resultados amplios, perdurables y eficientes cuando las partes realizan un esfuerzo en explorar los intereses subyacentes de los elementos del conflicto.” Mientras que, desde un punto de vista práctico, “este enfoque ha sido adoptado principalmente por los autores que analizan el uso de estrategias o estilos de gestión del conflicto”¹⁸. En este sentido, Francisco J. Medina y Lourdes Munduate concluyen que:

Estos estudios han demostrado que los resultados más constructivos se producen cuando los individuos adoptan una orientación de colaboración (o solución de problemas), es decir, utilizan mayor número de propuestas y contrapropuestas, mayor número de conductas de solución de problemas, un amplio acuerdo con los propósitos del oponente y un mayor esfuerzo en cubrir necesidades subyacentes de las partes. Por el contrario, los resultados más perjudiciales y destructivos ocurren cuando el sujeto adopta una orientación más competitiva, la cual se manifiesta por una utilización táctica de información, un incremento de las amenazas, ataques personales y elevadas demandas sin concesiones¹⁹.

Sobre este análisis de la efectividad procederemos a detenernos, ya que consideramos que, siempre que se inicia un proceso de negociación, la mejor forma de atenderlo es utilizando los cuatro pilares del Método de Negociación de Harvard anteriormente descritos, cuyo eje central es “concentrarse en los intereses, no en las posiciones”. Pero, ¿qué deberíamos hacer si sospechamos, con fundamento, que la otra parte no pretende llegar a un acuerdo? O si, llegando a un acuerdo, sabemos que el mismo podría ser incumplido por la otra parte. ¿Vale la pena entonces entrar a un proceso de negociación? De acuerdo a la perspectiva unitaria, y al Método de Negociación de Harvard, la respuesta es afirmativa. No obstante, estimamos que se debe realizar un análisis más profundo, a los fines últimos de alcanzar una solución que sea realmente satisfactoria para los intereses de nuestro cliente.

III. Críticas al Método de Negociación de Harvard

Con el fin último de responder las interrogantes antes planteadas, se ilustrarán casos o situaciones prácticas en las cuales es evidente que la negociación no es el camino a recorrer para obtener la mejor solución para satisfacer nuestros intereses; y no se trata de un tema de falta de compromiso en hacer múltiples concesiones, o de estilos de negociación, sino que, queda evidenciado que dicho

¹⁸ Francisco J. Medina y Lourdes Munduate, *Gestión del Conflicto...*, 76.

¹⁹ Francisco J. Medina y Lourdes Munduate, *Gestión del Conflicto...*, 76.

método de resolución alterna de conflictos sólo será usada por alguna de las partes con el propósito de utilizarlo como mecanismo de ventaja, produciendo el desgaste en su contraparte o la dilación del conflicto.

Tomemos los principios descritos en el libro “Pactar con el Diablo”, del profesor Robert Mnookin, sucesor de Roger Fisher como Presidente en el Programa de Negociación de Harvard, quien plantea un ejemplo práctico en donde, inmediatamente después del ataque a las Torres Gemelas, él y Fisher fueron invitados a discutir cómo debería responder el Presidente Bush a la oferta del líder Taliban de resolver cualquier problema con el Estado Islámico de Afganistán, a través de las negociaciones²⁰.

Las respuestas de ambos autores fueron diametralmente distintas, Roger Fisher, respondió que el Presidente Bush debería aceptar la invitación de los Talibanes a negociar, fundamentándose en que, siempre se debería tratar de resolver el conflicto a través de un acercamiento de resolución de problemas a la negociación, basada en los intereses de las Partes, tal y como se expuso en el Capítulo I del presente artículo. Por lo tanto, la base central de esta noción de Fisher, es que, “antes de recurrir a medidas coercitivas -tales como guerra o litigio- deberías tratar de resolver el problema”²¹.

Por su parte, el profesor Mnookin, argumentó su posición en las siguientes preguntas: (a) ¿Cuáles son los intereses que están en peligro?; (b) ¿Cuáles son las alternativas para la negociación?; (c) ¿Había posibles resultados negociados que satisficieran los intereses de ambas partes? ¿Había una perspectiva razonable de que se llevara a cabo tal acuerdo?; (d) ¿Cuáles eran los costos de los Estados Unidos de América si elegía negociar?, y (e) ¿Era la alternativa de los Estados Unidos de América -el uso de fuerza militar- justificable moral y legítimamente? Basado en este análisis, el profesor Mnookin concluyó que el Presidente Bush no debería negociar con los Talibanes²².

El profesor Mnookin nos ayuda a analizar los beneficios, costos, oportunidades y riesgos de la negociación. La primera se refiere a cuál es el costo de la negociación, y es que, el proceso de negociación impone costos, en los cuales se incurrirá independientemente de si se alcanza un acuerdo, y los cuales inclu-

²⁰ Robert Mnookin, *Bargaining with the devil. When to negotiate when to fight* (New York: Simon & Schuster, 2010), 3.

²¹ Robert Mnookin, *Bargaining with the devil...*, 3

²² Robert Mnookin, *Bargaining with the devil...*, 6

yen: (a) Costos transaccionales, los cuales involucran términos como tiempo, dinero, mano de obra y otros recursos; (b) Costos asociados a la revelación de la información, lo cual se refiere a que las partes revelan información a los fines de alcanzar un acuerdo, y (c) Costos indirectos, en donde negociar con una parte puede generar un efecto adverso en el futuro, en negociaciones con terceros²³.

Con base a lo anterior, podemos llegar a un análisis estratégico de si debemos o no entrar a un proceso de negociación para dirimir un conflicto. Consideramos que esto puede ser respondido, analizando si existe (o no) una intención real de la otra parte llegar a un acuerdo. Si se decide proceder con la negociación, se debe determinar de antemano cuál es el costo que la misma puede tener (e.g. costo transaccional, de revelación de información o costos indirectos). Posteriormente, debemos definir cuál es la oportunidad costo/beneficio del proceso de negociación. Y, por último, y a nuestro juicio lo más importante, supongamos que llegamos a un acuerdo, debemos determinar cuál es la probabilidad de que el mismo sea implementado por la otra parte.

IV. Incidencias prácticas

La gestión de conflictos es la actividad que va orientada a prevenir o contener la escalada de un conflicto o reducir su naturaleza destructiva, con el objeto de resolver la disputa²⁴. De acuerdo con la Universidad de Harvard, el desafío está en el resentimiento de las partes, la culpa mutua, la mala comunicación y demás problemas que hacen que la gestión de conflictos sea más difícil²⁵. A esto, le agregaríamos que estos procesos también se ven afectados con la falta de voluntad real de dirimir la controversia, o incluso, llegar a acuerdos sin un propósito real de materializarlos.

Bajo esta visión, podemos afirmar que el Método de Negociación de Harvard ha servido a múltiples generaciones a gestionar satisfactoriamente conflictos de diversa índole. No obstante, a continuación se expondrán situaciones en donde queda evidenciado que una de las partes, a pesar de adentrarse en procesos de negociación, sólo se está aprovechando de dicho procedimiento, sin el propósito de solucionar el conflicto; esto, con ocasión a actos de mala fe, falta

²³ Robert Mnookin, *Bargaining with the devil...*, 32

²⁴ "Gestión de Conflictos", Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, acceso el 22 de julio de 2022, <https://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/118>

²⁵ "What is Conflict Management?" Programa on Negotiation. Harvard Law School, acceso el 22 de julio de 2022, <https://www.pon.harvard.edu/tag/conflict-management/>

de ética, necesidad, o incluso, presencia de -otros- interés que terminan dificultando la resolución de la disputa.

Desde la esfera pública, durante las últimas dos décadas hemos sido testigos de las múltiples mesas de negociación que ha celebrado el oficialismo con la oposición venezolana. Los actores tienden a ser los mismos y, aparentemente, el único compromiso real que puede hacer el oficialismo es seleccionar una locación diferente en cada jornada: México, Noruega y Barbados, son algunos de los países que han presenciado estos procesos de diálogo netamente estériles. Cada vez que inicia una nueva ronda de diálogos, sabemos que la misma no traerá consigo ningún acuerdo, sino que, sólo busca retardar o espaciar las protestas que ocurren en Venezuela, con el interés del oficialismo de retener el poder. Con lo cual, hemos visto como la oposición venezolana ha caído en el engaño de iniciar procesos de negociación (como recomienda en Método de Negociación de Harvard), con una parte que repetitivamente ha demostrado carecer de voluntad real de llegar a un acuerdo o, en el mejor escenario, de hacerlo cumplir.

Por su parte, desde la esfera privada, podemos ejemplificar un caso propio de derecho corporativo. Una compañía había entrado en un proceso de retraso en el procesamiento de sus servicios, lo cual había generado un gran caudal de reclamos por parte de los clientes. En definitiva, la estrategia de la compañía consistía en entrar en procesos de negociación y celebrar acuerdos con sus clientes, los cuales muy pocas veces tuvo la intención de cumplir, pero que apaciguaban -a corto plazo- la avalancha de quejas y reclamos. Por lo tanto, reafirmamos que, cuando se observa una situación en la cual la otra parte tiene un precedente de incumplimiento, y en donde se encuentran manifiestas sus tácticas desleales (las cuales, según el Profesor Andrés Mezgravis, incluyen “técnicas ilegales, no éticas o simplemente desagradables”²⁶), como abogados debemos analizar cuál es el mejor camino a los fines de satisfacer las necesidades de nuestro cliente de resolver -realmente- el conflicto.

Otro caso que podemos representar ocurrió entre una contratista y una empresa de construcción, a quien, luego de ejecutar la obra tal y como había sido concebida en el alcance del contrato, le dejaron de pagar las valuaciones, según la contratista, por dos motivos principales: el impacto de las sanciones de

²⁶ Andrés A. Mezgravis, “Negociación: Herramienta...”, 31.

la Oficina de Control de Activos Extranjeros de Estados Unidos (“OFAC”, por sus siglas en inglés) a los fines de gestionar el pago, y una serie de puntos pendientes (punch-list), que imposibilitaban a la contratista de cerrar el contrato. En este último caso, antes de incoar un procedimiento de arbitraje ante organismos internacionales, la compañía de construcción paso por dos mecanismos de resolución alternativa de conflictos previos: un proceso de negociación sólo con su contraparte y un proceso de mediación; todo lo cual, culminó siendo infructuoso. A lo largo de ambos procesos (negociación y mediación), así como durante la sustanciación del arbitraje, quedo en evidencia que la contratista se había aprovechado de los mismos con el fin de postergar el pago de su acreencia a la empresa de construcción.

A partir de lo anteriormente expuesto, podemos observar que hay situaciones en las que el Método de Negociación de Harvard recomendaría negociar una disputa, especialmente cuando la otra parte manifiesta abiertamente estar dispuesta a entrar en un proceso de negociación. Sin embargo, proponemos que existen situaciones en donde iniciar una negociación resulta contraproducente a los fines de resolver los hechos controvertidos. De modo tal que, los abogados, en su rol de negociadores, deben ponderar si efectivamente existe una voluntad definitiva en la contraparte de resolver la disputa. En caso de que no sea así, es preferible proceder con otro tipo de alternativas para solucionar el conflicto.

V. Conclusiones

Con atención a los argumentos esbozados en los Capítulos anteriores, podemos concluir que, la gestión del conflicto nos plantea estudiar la estrategia para abordar una determinada contravención, a los fines de alcanzar la mejor solución para nuestros intereses. En este sentido, se ha buscado determinar cuál es la mejor manera de tratar al oponente y abordar el problema, negociar sobre principios e intereses, y no sobre posiciones y alcanzar múltiples soluciones que representen un alto beneficio para la otra parte, y un bajo costo para nosotros. Ahora bien, planteamos que el fundamento para decidir si nos adentramos o no en un proceso de negociación debe atender: la voluntad real de llegar a un acuerdo, los costos asociados a la negociación, el costo/beneficio de dicho proceso y, la probabilidad de que el acuerdo sea ejecutado por la otra parte.

Lo anteriormente descrito nos permite analizar las oportunidades y riesgos de la negociación. Aun cuando estamos de acuerdo con el Método de Negociación de Harvard, somos del criterio que existen oportunidades en donde

los costos transaccionales, costos asociados a la revelación de información y los costos indirectos, así como la alta probabilidad de que el acuerdo alcanzado no sea honrado por la otra parte, hacen que el inicio de un proceso de negociación sea completamente infructuoso. En estos casos, resultaría mejor abstenerse de entrar en un proceso de negociación y buscar una mejor alternativa, a los fines de dirimir el conflicto.

Así, durante el proceso de gerencia del conflicto, donde la otra parte ha demostrado que carece de voluntad, ética, necesidad, o incluso interés de resolver el conflicto, porque evidentemente se beneficia de dicho proceso para satisfacer un interés con mayor prioridad (como frenar manifestaciones, mantenerse en el poder, apaciguar reclamos de clientes o retrasar durante años un pago), sería recomendable para nuestros lectores, como parte de las actividades de planificación o gestión del conflicto, no adentrarse en una negociación.

La teoría general de la capacidad

Edison Lucio Varela Cáceres*

pp. 205-222

Recibido: 07 abr 2022

Aceptado: 21 abr 2022

Sumario

I. Introducción | II. Concepto de capacidad en el Derecho | III. Tipos de capacidad | IV. Principios sectoriales en materia de capacidad | V. Supuestos que modifican la capacidad de ejercicio | VI. La capacidad natural y la capacidad legal | VII. Aspectos terminológicos superados | VIII. Conclusiones

* Abogado Cum Laude por la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia por la Universidad Central de Venezuela. Máster en Derecho de Familia e Infancia por la Universitat de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho Civil I Personas, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Civil, Universidad Metropolitana Caracas, Venezuela.
Dedicado a la memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, con afecto de discípulo.

La teoría general de la capacidad

Resumen: El autor examina los conceptos básicos relacionados con la capacidad, siendo que en conjunto conforman la denominada “teoría general de la capacidad”. Así pues, se definen la capacidad en el Derecho, la capacidad de goce y de ejercicio, la capacidad natural y legal; así como se describen los principios sectoriales y las causas que modifican la capacidad de ejercicio; finalmente, se reflexiona sobre los cambios terminológicos que se observan continuamente en esta materia

Palabras claves: Capacidad | Ejercicio | Obrar | Goce.

The general theory of capacity

Abstract: The author examines the basic concepts related to capacity, which together make up the so-called “general theory of capacity.” Thus, capacity in Law, capacity to enjoy and exercise, and natural and legal capacity are defined, and the sectorial principles and the causes that modify the capacity to exercise are described; finally, the author reflects on the terminological changes that are continuously observed in this matter.

Keywords: Capacity | Exercise | Act | Enjoyment.

I. Introducción

Explicar el modelo jurídico que rige la capacidad de ejercicio demanda como un primer esfuerzo que se identifiquen los postulados básicos sobre los cuales se cimienta la capacidad como institución jurídica. Ciertamente, más allá de las variaciones contingentes que han devenido producto de las transformaciones sociales e históricas que el Derecho ha hecho propias, subyace un núcleo duro de conceptos transitivos que pervive a los avatares del tiempo o a los cambios de paradigmas y es allí donde se debe iniciar cualquier estudio de la institución objeto de análisis.

En tal sentido, aludir a una “teoría general de la capacidad” es destacar aquellos conceptos sólidos -*exempli gratia*: capacidad de goce o de ejercicio, distinción entre capacidad natural o legal- que no se ven trastocado por el hecho de que surjan, por ejemplo, un nuevo modelo sobre el tratamiento de la discapacidad; así como en su momento no se vio afectada la “teoría general” en razón de que se suprimieran aquellas limitantes fundadas en el sexo -la denominada “incapacidad legal” de la mujer¹-, la edad -cuando se disminuyó la edad para adquirir la mayoría que paso de 25 a 21 y de ésta a los actuales 18 años²- o, la más reciente, la derogatoria de la inhabilitación legal -para el caso de personas con discapacidad vocal-auditiva o visual, contemplada en el artículo 410 del Código Civil: “sordomudo, el ciego de nacimiento, o el que hubiere cegado durante la infancia”³-.

Ciertamente, existe en esta materia unos conceptos basilares que se mantienen, al menos por ahora, inalterables y ello ocurre porque responden a ideas nucleares que poseen un valor neurálgico dentro de cualquier modelo jurídico que regule la capacidad jurídica y, por ello, si bien pueden ser objeto de reacomodos siguen teniendo utilidad para regir las conductas de los sujetos de derecho.

¹ Vid. María Gabriela Leret de Matheus, *La mujer, una incapaz como el demente o el niño (según las leyes latinoamericanas)* (México D. F.: Costa Amic Editor, 1975), *passim*.

² Vid. Leonardo Certad, relator, *Código Civil de Venezuela. Artículos 1 a 18* (Caracas: UCV, 1969), 635.

³ Vid. María Candelaria Domínguez Guillén, “La derogatoria de la inhabilitación legal”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia* 26 (2008): 223-249.

Lo apuntado no quiere decir que un sector no haya puesto sobre el tapete incluso la necesidad de superar algunos de dichos conceptos⁴, así como igualmente mucha de la terminología empleada para referirse a las personas con discapacidad intelectual ha sufrido continuos cambios con la intención de usar vocablos más técnicos y precisos y, porque no advertirlo, menos estigmatizantes.

En tal sentido, sea cual fuere el modelo que en materia de capacidad prive en nuestro ordenamiento jurídico la “teoría general de la capacidad” seguirá siendo un reflejo de las exiguas normas jurídicas que rigen la institución que, por su enorme utilidad, se deberá dominar para el correcto desarrollo de las diversas relaciones jurídicas que tienen como presupuesto para su validez a la capacidad.

II. Concepto de capacidad en el Derecho

Aguilar Gorrondona en su clásico manual enseña que capacidad en Derecho “es la medida de la aptitud de las personas en relación con los derechos y deberes jurídicos”⁵, definición que es producto de diversas influencias clásicas⁶.

Observa la doctrina que el elemento clave de este concepto es la idea de medida o *quantum*⁷, de allí que no es la mera “aptitud”, como sinónimo de “destreza”, para ser titular y ejercer de derechos, pues ello corresponde con mayor exactitud a la idea de personalidad, sino la variación que se observa entre sujetos que son titulares y además ejercen personalmente sus facultades o cum-

⁴ Vid. José Ramón de Verda y Beamonte, “¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?”, *Idibe*, 30 de septiembre de 2021, en: <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar/>.

⁵ José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil i Personas*, 13era ed. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1997), 158.

⁶ Vid. Alfredo Cedeño, *De las incapacidades en el Código Civil y la ley procedimental* (Bogotá: Editorial Kelly, 1941), 16, “capacidad es la aptitud para adquirir y ejercer derechos”; Antonio Gordillo, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos* (Madrid: Tecnos, 1986), 20, “suele definirse como la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos”; César Frigerio Castaldi y Cristián Letelier Aguilar: “Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos (especialmente de aquellos que no pueden darse a entender por escrito)”, *Revista Chilena de Derecho* 19, no. 1 (1992): 285, “aptitud legal de las personas para adquirir y ejecutar por sí misma los derechos”.

⁷ Aguilar Gorrondona, *Derecho...*, 161, la “capacidad es siempre una noción cuantitativa”. Para María Candelaria Domínguez Guillén, “La persona: ideas sobre su noción jurídica”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia* 4 (2002): 328-329, “la capacidad jurídica supone agregar a la noción de personalidad la nota cuantitativa, y por ello se alude a “medida”, pues ciertamente se ha indicado que la capacidad implica una cuestión de grado o de *quantum*”.

plen sus deberes lo cual no es uniforme, siendo justamente dicha oscilación la que se desea expresar con la idea de la capacidad. Por ello se ha indicado en otra oportunidad:

La capacidad, en el Derecho, es la medida de la aptitud que reposa en toda persona para ser dueño y ejercer los derechos y deberes de los cuales es titular. Viene simplemente a representar la medida o *quantum* de esa aptitud que subyace en la personalidad; en otras palabras, la aptitud en los seres humanos no es uniforme, cambia en determinado grado, y para fijar cuál es el nivel de variación en cada sujeto, se utiliza el vocablo “capacidad”⁸.

III. Tipos de capacidad

La noción de medida que priva en la doctrina sobre la capacidad ha forzado como corolario una clara distinción entre capacidad de goce -también conocida como: de derecho o jurídica⁹- y una capacidad de ejercicio -de disfrute o de obrar- que en conjunto dibujan un panorama bastante despejado sobre cómo funciona la institución en la práctica y si bien es cierto que se ha discutido sobre la utilidad de mantener la primera de ella, pues algunos ven que puede incluirse dentro del concepto de “personalidad”¹⁰, la verdad del asunto es que la misma mantiene su vigor en atención que facilita explicar el fenómeno de la capacidad y sus variaciones en el transcurso del tiempo.

Así pues, todo ente al que se le reconoce la condición de persona detenta, en consecuencia, un mínimo de capacidad, que viene a ser la capacidad de goce,

⁸ Vid. Edison Lucio Varela Cáceres, *Lecciones de Derecho Civil i Personas* (Caracas: Editorial RVLJ, 2019), 461.

⁹ En España es común que se le denomine “capacidad jurídica” y, por ejemplo, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid: Tecnos 2000), 126, la define como “un atributo o cualidad de ella (la persona), reflejo de su dignidad” (paréntesis añadido). Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 12 que se analizará *infra* emplea los vocablos “capacidad jurídica” como sinónimo de capacidad en Derecho, es decir, que incluiría tanto la de goce como la de ejercicio. Cfr. Antonio Fernández de Buján, “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 23-i (2011): 80, “En el apartado 2 del artículo 12 no se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad”.

¹⁰ Cfr. Cedeño, *De las incapacidades...*, 22, “Esta capacidad está unida a la persona y forma parte de la misma personalidad”; Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid: Reus, 1979), 342, “capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de la personalidad”; María Lourdes Martínez de Morentín Llamas, “De la *cura furiosi* en las xii Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (a propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)”, *Anuario de Derecho Civil* 2 (2004): 777, “capacidad jurídica y personalidad vienen a ser una misma cosa”.

es decir, la posibilidad de ser titular de derechos y deberes y de hecho en la persona por antonomasia -persona natural o ser humano- el reconocimiento de su entidad como persona viene acompañada de unos derechos innatos que por su naturaleza se han denominados “derechos de la personalidad”, por lo tanto todo sujeto de derecho detenta con su nacimiento un conjunto de facultades que hacen que posea simultáneamente una capacidad de goce que asimismo es invariable y por ello no se puede limitar en el ser humano. Afirma Aramburo:

La capacidad jurídica, lo mismo que la personalidad en que se basa, es una, idéntica, igual en todos los hombres, sin que ni las condiciones especiales anejas a las diversas situaciones en que pueden encontrarse, ni los preceptos de la ley positiva, puedan con justicia negar o desconocer lo que nos corresponde por la propia naturaleza¹¹.

Con esta última afirmación se cierra el camino a las pretendidas limitaciones de la capacidad de goce de carácter relativas, siendo que los hipotéticos ejemplos que la doctrina cita como supuestos de “incapacidades” relativas, representan en puridad verdaderas prohibiciones fundadas en cuestiones de orden público y buenas costumbres¹².

Por su parte, la capacidad de ejercicio es la medida de la actitud para realizar actos jurídicos por la propia voluntad que repercuten en la esfera jurídica del propio titular¹³. Pero como quiera que ella no es idéntica en cada individuo ya que puede verse afectada por diversas contingencias -edad, emancipación, salud intelectual o prodigalidad- se dice que varía en cada sujeto.

¹¹ Mariano Aramburo, *La capacidad civil* (Madrid: Reus, 1931), 7.

¹² Vid. Domínguez Guillén, “La derogatoria de la inhabilitación legal”, 226, “todo sujeto tiene capacidad jurídica o de goce; las incapacidades de goce se traducen en meras prohibiciones que impone el orden legal”; Isabel M. P. de Luna, *Capacidad para contratar* (Montevideo: Universidad de Montevideo, 1953), 76, las “incapacidades especiales, son en realidad prohibiciones”.

¹³ Recuerda Aguilar Gorrondona, *Derecho...*, 159, “En materia de capacidad de ejercicio, lo decisivo no es la facultad de ejercer personalmente los propios derechos o de cumplir personalmente los propios deberes, sino la facultad de realizar actos de voluntad que produzcan en cabeza propia plenos efectos jurídicos”. Para de Ruggiero, *Instituciones...*, 342, “exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen, pudiendo carecer de ella algunas por causas varias y múltiples, como la menor edad, la enfermedad”. De Freitas en el *Esboço* “aptitud o grado de la aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí, los actos de la vida civil” –citado en de Luna, *Capacidad...*, 73–.

Afirma Romero Coloma: “El presupuesto de hecho de la capacidad de obrar o de ejercicio es la inteligencia y la voluntad, es la capacidad natural de entender y querer (capacidad cognoscitiva o de volición)”¹⁴.

Justamente, en este sector -del ejercicio- es donde se observa una superlativa riqueza conceptual o si se quiere mayor complejidad, pues las circunstancias que originan las variaciones en la capacidad de obrar no pueden ser arbitrarias sino que deben responder a unos motivos objetivos y razonables, de allí que estén acompañadas de diversas figuras que persiguen responder a los casos en los cuales no se posea plenamente la referida capacidad de ejercicio o lo que es lo mismo causas que modifican la capacidad de ejercicio y regímenes de protección (sustitutivos o de apoyos en la toma de decisiones).

IV. Principios sectoriales en materia de capacidad

Como toda teoría la misma además de conceptos e instituciones está acompañada de unos principios “sectoriales” que se deducen de su regulación y que le imprimen un desarrollo armónico al representar postulados básicos con un determinado contenido valorativo. En el presente caso al examinar la teoría general de la capacidad igualmente se pueden extraer unos postulados cardinales que se aplican a la institución en sus diversas facetas y que deben mantenerse presentes por cuanto no solo son considerados criterios orientadores y guías en la interpretación e integración, sino verdaderas normas jurídicas y, en consecuencia, mandatos de obligatorio cumplimiento¹⁵.

Así, la doctrina ha destacado los siguientes:

A. La capacidad de goce es innata: Al representar un mínimo posible todo sujeto de derecho posee capacidad de goce y además la misma no puede ser restringida o limitada sin lesionar la condición de “persona” y, en consecuencia, su dignidad humana. Los hipotéticos casos a que alude la doctrina como posibles limitaciones son en realidad meras prohibiciones que se establecen en función del orden público o las buenas costumbres, pero en nada afectan la capacidad de gozar los derechos o de adquirir deberes jurídicos, sino simple-

¹⁴ Aurelia María Romero Coloma, *Capacidad, incapacidad e incapacitación* (Madrid: Reus, 2013), 8.

¹⁵ Sobre el tema de los principios generales de Derecho véase: Edison Lucio Varela Cáceres, *El Registro del Estado Civil*. (Caracas: Editorial RVLJ, 2018), 1:15-58.

mente prohíbe -en muchos casos temporalmente- que en prescritos asuntos surjan relaciones jurídicas que se contraponen con otras ya consolidadas.

B. La capacidad de ejercicio en los mayores de edad se presume: Por regla general una vez alcanzada la mayoría de edad se considera que el individuo ha adquirido el desarrollo físico, intelectual y moral, además de la experiencia para incorporarse a la ciudadanía activa y actuar directamente en la gestión de sus negocios y patrimonio de allí que se le considere con aptitud para disponer, comprometer o administrar sus derechos y deberes según su personal querer y con fines de que produzcan efectos jurídicos sobre sí mismo. En palabras llanas de Romero Coloma “la capacidad se presume. Hay que probar la ausencia de la misma”¹⁶.

Al respecto, apunta Díez-Picazo y Gullón, “La capacidad de obrar se presume plena como principio general, como corresponde al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, las limitaciones han de ser expresamente establecidas -por ley o sentencia-, y han de interpretarse en casos dudosos de modo restrictivos”¹⁷.

De Castro y Bravo señalaba enfáticamente: “En nuestro Derecho no se conocen más casos de incapacidad ni otras formas de tutela, que las marcadas taxativamente en el Código” y añadía:

Los principios inspiradores del Derecho español, en materia de capacidad, son los de libertad y protección de la persona. Por ello, las declaraciones de incapacidad tienen siempre carácter excepcional, no se admite sin más la incapacidad de los débiles de voluntad -la prodigalidad requiere peligro para la familia- y respecto de los enfermos y débiles mentales se considera, ante todo, la protección de su persona, su cuidado y en beneficio de ellos -no de la familia interesada- se organiza su tutela¹⁸.

¹⁶ Romero Coloma, *Capacidad...*, 11.

¹⁷ Díez-Picazo y Gullón, *Instituciones...*, 126. Cfr. Domínguez Guillén, “La derogatoria de la inhabilitación legal”, 225, “la persona corporal puede ver afectada la esfera de su capacidad de obrar por diversas causas que consagre el ordenamiento jurídico, siendo por ende el orden legal el que en reconocimiento de una circunstancia natural, establece la correspondiente incapacidad de obrar (...) las causas que modifican la capacidad de ejercicio son taxativas y es la ley, y solo la ley, la que puede afectar un ámbito tan delicado para la persona”; Romero Coloma, *Capacidad...*, 10, alude al “principio de legalidad”.

¹⁸ Federico de Castro y Bravo, “Incapacidad del imbecil”, *Anuario de Derecho Civil* 1 (1948): 299-300.

C. No existen limitaciones de la capacidad de ejercicio que sean absolutas: Aunque pueden hallarse supuestos donde el individuo vea restringida su capacidad en un grado elevado por medio de procedimientos judiciales -interdicción, incapacitación o modificación judicial de la capacidad-, ello no puede llevar a sostener que existe una “incapacidad absoluta” o total para obrar, pues, siempre existirá la posibilidad de la autodefensa y del ejercicio personal de aquellas facultades que son inmanentes a la personalidad o fundamentales¹⁹. Afirma recientemente Martínez-Sanchiz:

El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 puso fin a una discriminación de siglos reconociendo capacidad jurídica plena a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Esto hace desaparecer, por superflua, la incapacitación judicial total o parcial, de la que aún quedan residuos en la legislación²⁰.

De allí que resulte más ajustado aludir -y hasta tanto no se adecue el Derecho interno a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-, en casos de restricción de la capacidad de obrar, a “semicapacidad”, pues lo que ocurre en tales circunstancias de modificación de la capacidad es la existencia de impedimentos para obrar en puntuales facultades, pero no pudiéndose sostener en puridad una anulación total de la actuación del individuo protegido, pues, además de que tal proceder podría implicar una afrenta a la dignidad de la persona la verdad es que siempre existirá un mínimo de actuación que se considerará válido con independencia de que conste una declaración judicial que modifica la capacidad de obrar²¹. Por otra parte, los procedimientos de “incapacitación” o “interdicción” están en franca retirada, hoy se postula -partiendo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapaci-

¹⁹ Recordaba Cedeño, *De las incapacidades...*, 26, “Como regla general las incapacidades se establecen en interés del propio incapaz, pues su objeto es protegerlo para que por sus propios actos no llegue a sufrir perjuicio alguno”. Pues, justamente, en ese espíritu de protección, debe permitirse que la persona aunque sometido a semicapacidad pueda ejercer sus derechos fundamentales cuando posea capacidad natural para ello.

²⁰ José Ángel Martínez-Sanchiz, “La capacidad jurídica, como la dignidad, es parte integrante de la persona, de todas sin excepción”, *El Notario del Siglo XXI* 102 (2022), disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/11302-la-capacidad-juridica-como-la-dignidad-es-parte-integrante-de-la-persona-de-todas-sin-excepcion>.

²¹ Por ello comenta Fernández de Buján, “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, 54-61, “no parece que la persona pueda resultar privada, en puridad, de la totalidad de su capacidad de obrar”, pues, “tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección”.

dad- un modelo distinto de protección que se enfoca no en limitar la capacidad de ejercicio, sino en crear medidas de apoyo que acompañen a las personas en la toma de decisiones dejando la iniciativa en el titular del derecho en la medida de lo posible.

D. Las modulaciones en la capacidad de ejercicio deben adecuarse a las condiciones personales de cada individuo: La dignidad de la persona demanda que se pondere en todos los casos en que este en discusión la capacidad de ejercicio las circunstancias particulares del sujeto, pues no se trata de fijar una tabla rasa para adecuar cada individuo a la misma, sino que el régimen de protección que se le aplique a cada sujeto pondere sus condiciones subjetivas y se adecue a las mismas²².

Obviamente, los criterios objetivos se mantendrán en vigor en la medida que facilitan la seguridad jurídica, pero ello no se opone a que en determinados supuestos se efectúen adecuaciones. Así, por ejemplo, en el caso de los menores de edad aunque según su edad tienen restricciones en la capacidad de ejercicio ello no prohíbe que se realicen ajustes que sean cónsonos con su desarrollo evolutivo (artículo 13 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y, en consecuencia, se les permita obrar en casos concretos. En tales supuestos se debería evidenciar una capacidad natural de obrar para el asunto en cuestión y podrán para su ejercicio ser acompañados por los progenitores o si existe oposición por el juez, sin que este aumento de la capacidad afecte el régimen de protección a que por derecho deben estar vinculados, además de otras garantías que se consideren pertinentes, pero lo importante es que se les extiende una licencia para ejercer personalmente sus derechos y que tal actuar genere efectos jurídicos sobre sí mismo, lo que no es otra cosa que capacidad de obrar²³.

²² Cfr. de Luna, *Capacidad...*, 75, las causas que limitan la capacidad pueden “reconocer grados, porque la aptitud mental varía con el desarrollo o con la edad”; por su parte, Fernández de Buján, “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, 54-67, “La capacidad jurídica, por otra parte, no admite grados, lo que sí sucede con la capacidad de obrar. Así, el mayor de edad tiene un grado de capacidad de obrar muy superior al menor de edad, o las personas incapacitadas tienen, de forma personalizada, el grado de capacidad de obrar que les reconoce la sentencia de incapacitación, que oscilará entre la privación y la limitación en su ejercicio, conforme a la graduación de su extensión”, esta “deberá realizarse en atención a la intensidad de la enfermedad o deficiencia en la capacidad intelectual y volitiva de la persona”.

²³ Vid. Edison Lucio Varela Cáceres, *La capacidad de ejercicio en los niños y adolescentes* (Caracas: Editorial RVLJ, 2018), *passim*.

En el caso de los adultos que por razón de una enfermedad mental o afectación intelectual demanden de un régimen de protección -bajo medidas de sustitución o de apoyos²⁴- este solo debe extenderse a aquellas relaciones jurídicas que por su naturaleza no pueda realizarla su titular de forma autónoma, pero lo que no puede continuar permitiéndose es declaratorias de limitaciones absolutas que desconocen la intensidad de la causa -que por su esencia varía en cada persona- y la dignidad humana al privarle judicialmente de toda actuación.

V. Supuestos que modifican la capacidad de ejercicio

A lo largo de la historia se han reportado diversas situaciones personales o sociales que han afectado el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de los deberes que aunque muchas hoy resulten claramente anacrónicas se necesitó de años de reflexión para arribar a su superación. Aun así, todavía perviven algunas causas que se consideran justificadas aunque no por ello están carentes de reformulaciones y perfeccionamiento.

En concreto, se mantienen vigentes como “causas modificadoras de la capacidad” de ejercicio²⁵: la mayoría de edad²⁶, la emancipación²⁷, la enferme-

²⁴ Las medidas de sustitución vienen representadas por la clásica figura de la representación en la tutela por interdicción; por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad promueve la aplicación de medidas de apoyo que representan un acompañamiento sin limitar la autonomía y bajo el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

²⁵ Vid. de Ruggiero, *Instituciones...*, 346 y ss.; cfr. Varela Cáceres, *Lecciones...*, 484-500.

²⁶ Vid. artículo 18 del Código Civil: “Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales”.

²⁷ Vid. artículo 383 del Código Civil: “La emancipación confiere al menor la capacidad de realizar por sí solo actos de simple administración. Para cualquier acto que exceda de la simple administración, requerirá autorización del juez competente...”.

dad mental o afectación intelectual²⁸ y la prodigalidad²⁹. Las dos primeras representan un cambio en el sentido de que aumentan la capacidad de ejercicio que previamente disfrutaba el menor de edad o adolescente, en las otras dos se observan atenuaciones de la capacidad en el adulto para determinados aspectos.

VI. La capacidad natural y la capacidad legal

En la realidad se dan algunos supuestos donde la persona legalmente se encuentra con “incapacidad relativa de ejercicio” por así establecerlo expresamente la ley o como efecto jurídico de un pronunciamiento judicial que la declara, empero el sujeto posee materialmente las condiciones para obrar en algunas de esas relaciones jurídicas en principio limitadas, pues detenta “capacidad natural”. Evidentemente, la capacidad de ejercicio es ante todo una cuestión de hecho.

Así, por ejemplo, un adolescente aunque no posea plena capacidad de obrar puede fácticamente contar con las aptitudes para ejercer personalmente sus derechos en el sentido que cuenta con suficiente madurez intelectual y moral para comprender la naturaleza jurídica del acto jurídico proyectado³⁰, de allí que en este caso si llegara a celebrar un acto jurídico de carácter patrimonial como, *verbi gratia*, una compraventa tal acto no es nulo sino anulable, lo que en otros términos implica que el mismo producirá sus efectos jurídicos salvo que

²⁸ *Vid.* artículo 393 del Código Civil: “El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en estado habitual de defecto intelectual que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses, serán sometidos a interdicción, aunque tenga intervalos lúcidos”. Obsérvese que no es cualquier enfermedad mental, sino aquella que sea permanente y afecte el “gobierno de la persona”. En palabras de Fernández de Buján, “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, 59, al referirse al Derecho español, “es decir, la enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, debe producir en el presunto incapaz un trastorno permanente u oscilante en intensidad, que le impida a la persona gobernarse por sí misma”. Para Frigerio Castaldi y Letelier Aguilar, “Sobre la capacidad de los dementes y sordomudos (especialmente de aquellos que no pueden darse a entender por escrito)”, 289, la persona “está afectado por una alteración de su salud mental que compromete su voluntad, entendida como la aptitud de querer algo”.

²⁹ *Vid.* artículo 409 del Código Civil: “El débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo, podrán ser declarados por el juez de primera instancia inhábiles...”.

³⁰ Comentaba de Luna, *Capacidad...*, 27, “los menores impúberes, considerados por el legislador, absolutamente incapaces de contratar, alcanzan después de los siete años, una evolución psicológica que les permite realizar con discernimiento y que realmente ciertos actos los realizan en la vida diaria, que podría considerarse perfectamente válidos”.

el propio menor de edad o sus representantes pidan su nulidad (artículo 1145 del Código Civil)³¹.

Igualmente, puede ocurrir que una persona mayor de edad -que en principio es plenamente capaz, se recuerda- celebre un acto jurídico y, no obstante, el mismo no cuente para el momento en concreto con facultades para comprometerse por cuanto atraviesa por una discapacidad intelectual -supongamos un severo caso de alzhéimer- que aunque no haya sido declarada por el tribunal era patente, originando la posibilidad de la revisión de tal acto bajo ciertos supuestos y condiciones³².

Como resultado de tales hipótesis y de otras similares, la doctrina construyó los conceptos de “incapacidad legal” e “incapacidad natural” para aludir cuando la limitación estaba jurídicamente precisada para el primer caso o consistía una situación de hecho que no ha sido declarada como causal de modificación de la capacidad de obrar, para el segundo³³.

Ahora bien, tales conceptos cada vez adquieren mayor relevancia y no se reservan para las ocasiones de restricción de la capacidad de obrar, sino que comienza a concebirse incluso como vías para determinar positivamente la capacidad de ejercicio para aquellos supuestos donde en principio opera una limitación de ley -caso del menor de edad, por ejemplo-.

³¹ Domínguez Guillén, “La derogatoria de la inhabilitación legal”, 236, “es importante recordar que una regla básica en materia de capacidad es que las incapacidades de protección existen única y exclusivamente a favor del incapaz, por lo que solamente éste puede demandar dicha nulidad y no quienes contratan con él”.

³² *Ibid.*, 230, “desde el punto de vista civil, de no existir incapacidad legal porque la enfermedad o alteración no ha sido declarada judicialmente, igualmente se podría anular el acto jurídico por incapacidad natural, al no existir el consentimiento como requisito del contrato producto de la falta de discernimiento”. Como recuerda Gonzalo Parra Aranguren, “La interdicción y la inhabilitación en el Derecho Internacional Privado venezolano”, *Actas Procesales del Derecho Vivo* 67-69, Caracas (1977): 29, “La capacidad general de la persona no se encuentra afectada hasta que surge el estado civil de entredicho o de inhabilitado: mientras tanto la protección se realiza por el Derecho común a través de los preceptos sobre vicios del consentimiento, aun cuando es necesario la prueba de su ausencia total para cada uno de los actos objeto de impugnación, con las consiguientes dificultades prácticas”.

³³ de Ruggiero, *Instituciones...*, 359-360, “las varias incapacidades totales o parciales declaradas por la ley, no corresponden siempre una incapacidad natural de la persona, es decir, una condición subjetiva psíquica que por inmadurez del juicio, debilidad o enfermedad mental, aminore o suprima completamente la conciencia y la voluntad (...) Quien es declarado incapaz por la ley, no es por necesidad naturalmente incapaz”.

La capacidad legal -o civil como también se le denomina- es la que es determinada por el Derecho según reglas jurídicas abstractas, y que, en casos puntuales, puede que no corresponda con la realidad que vive un sujeto concreto. Sigue la tesis abstracta sobre la persona y por ello es el ordenamiento jurídico quien define quien es capaz de obra y quien no, donde se privilegia lo formal, aunque obviamente ello generalmente tiende a coincidir con la realidad³⁴.

Por otra parte, la capacidad natural, es aquella que se desprende de las propias aptitudes del individuo y que ejerce de manera real según su desarrollo o cualidades físico-mentales. Tiene un claro soporte en la visión realista de la persona y pone énfasis en la realidad y no en las reglas abstractas.

VII. Aspectos terminológicos superados

Además de aquellos reacomodos que sufren los conceptos como efecto de la evolución de la ciencia, también se aprecian que algunos neologismos que, en un principio, servían para explicar técnicamente una idea, tienden a ser eclipsados y, por ello, su uso cae en el olvido.

Ello ocurre no solo cuando una idea más exacta se impone producto de las investigaciones y de los argumentos científicos que la acompañan, sino también en los casos en que el término en cuestión se distorsiona por su uso inadecuado en círculos profanos, atribuyéndole erradamente un contenido semántico que es distinto al técnico, convirtiéndolo en muchos supuestos en una expresión ofensiva.

En el campo de la capacidad se observa de forma patente tal situación. Así, se aprecia, por ejemplo, que en el área del Derecho la terminología ha cambiado constantemente, ello en procura de encontrar expresiones que sean

³⁴ Vid. José Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato*, 2da ed. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993), 71-72, “la capacidad natural o la incapacidad natural es algo que pertenece a la esfera de lo meramente fáctico, en cambio la capacidad legal o la incapacidad legal es un fenómeno estrictamente jurídico dirigido a enfocar la cuestión de la validez o invalidez de los actos o negocios jurídicos”. Por su parte, Aguilar Gorronzona, *Derecho...*, 165, comenta: “En general, las incapacidades naturales y civiles coinciden. Sin embargo, dado que la ley dicta siempre normas generales, a veces, ciertas personas afectadas de incapacidad natural no están afectadas de incapacidad civil, y viceversa”; *cfr.* María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil i (personas)* (Caracas: Ediciones Paredes, 2011), 329.

lo más técnica posible³⁵ y que borren cualquier atisbo que pueda llevar a un equívoco y, a su vez, al hacerse referencia a un aspecto muy personal del individuo se busca emplear términos que no sean infamantes o despectivos³⁶. En todo caso son términos técnicos que como expresaba Bello en su Código Civil: “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso” (artículo 21)³⁷.

En efecto, si se revisan las fuentes históricas del Derecho Civil se notan vocablos que en su contexto temporal eran los apropiados para expresar las conductas que se pretendía normar y, sin embargo, hoy en día nadie los emplearía por cuanto se han abandonado y se encuentran censurados, a saber:

El Código Civil francés de 1804, empleó los términos: “imbecilidad, demencia o furor”, para referirse a las causas que originaban la interdicción (artículo 489)³⁸. Otros textos como el Código Civil de Chile de 1855 (artículo 456) o nuestro primer Código Civil que es de 1862 (libro I, título XII, ley VII, artículo 1), adoptaron el vocablo “demencia”³⁹, pero distinguían ente loco y locura furiosa, esta última cuando era violenta (artículo 459 y libro I, título XII, ley VII, artículo 4, respectivamente)⁴⁰. Por su parte, el Proyecto de Código Civil español

³⁵ Por su parte, el psiquiatra Gruhle señalaba: “la Ley “no debe saber nada” de las distinciones médicas entre las dolencias mentales; entre otras razones, porque la psiquiatría es una ciencia viva, en progreso y con violentos cambios, hasta en sus expresiones técnicas”, citado en de Castro y Bravo, “Incapacidad del imbécil”, 297.

³⁶ Domínguez Guillén, “La derogatoria de la inhabilitación legal”, 242-243, comentaba al respecto: “lamentablemente en ocasiones se pretende asociar el problema jurídico de la “incapacidad de obrar” con un sentido despectivo o peyorativo, siendo que se trata de términos o nociones técnico-jurídicas que simplemente tienen un significado para el Derecho”.

³⁷ Vid. Código Civil de la República de Chile en Andrés Bello, *Obras completas de Andrés Bello* (Caracas: Ministerio de Educación, 1954), 16:43.

³⁸ Vid. *Código Napoleón* (Madrid: Imprenta de la Hija de Ibarra, 1809), 92. Vid. Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, 14ta ed. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979), 3:349, “furor: ira, cólera; tempestad pasional / Demencia o delirio transitorio con gritos y movimientos violentos”.

³⁹ Vid. Bello, *Obras...*, 321; *La Codificación de Páez* (Caracas: Academia Nacional de Historia, 1974), 1:71.

⁴⁰ Vid. Cabanellas, *Diccionario...*, 3:449, “Para los romanos, el *furiosus* tanto significaba genéricamente el loco, el que carece de mentalidad de modo permanente, como en sentido más estricto, quien padece demencia transitoria y goza de intervalos lucidos”. Cf. Martínez de Morentín Llamas, “De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (a propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)”, 777-791, en Roma un *furiosus* era “una persona mayor, privada de juicio, un discapacitado psíquico diríamos hoy”, sin embargo, la doctrina roma-

de 1851 (artículo 278) aludía a “incapaz”, diferenciando también entre loco o demente⁴¹. Finalmente, en este breve repaso histórico el Código Civil italiano de 1865 usa los vocablos *infermità di mente* (artículo 324)⁴², que por su influencia en nuestro Código Civil de 1873 fueron incorporados como “defecto intelectual” en el artículo 361⁴³ y que se mantienen en la actualidad en el Código Civil de 1942 (artículo 393), pues tal aspecto no fue modificado con la reforma de 1982.

Este asunto no es baladí y por ello las recientes modificaciones que se han efectuado en esta materia parten del lenguaje utilizado. Así, por ejemplo, Domínguez Guillén comentaba que en términos más generales en materia de personas con discapacidad intelectual, donde se incluyen los individuos que son identificados tradicionalmente como “incapaces”, “lo conveniente es referirse a personas con alguna deficiencia, discapacidad o minusvalía y no a “deficientes”, “discapacitados” o “minusválidos”⁴⁴.

Carlos Marín es bastante enfático cuando señala:

nística en Francia distingue entre *furiosus* del *mentecaptus* “porque el *furor* admitiría intervalos lúcidos (...) la doctrina dominante en Alemania sostiene que los *furiosi* son los locos agitados, mientras que los *mentecapti* los disminuidos mentales”; Xavier D’Ors Lois, “Sobre XII Tab V, 7a: “*Si furiosus escit...*””, *Anuario de Historia del Derecho Español* 50 (1980): 797 y ss., ha revisado la terminología empleada en el Derecho romano por los juristas clásicos para referirse a las “personas afectadas por algún tipo de perturbación mental”, donde destaca: *furiosus, demens, amens, mentecaptus, insanus*, etc. En todo caso, como sostiene de Castro y Bravo, “Incapacidad del imbécil”, 297-298, “Imbecilidad y locura fueron y son, para el médico y para el ignaro, situaciones distintas; pero para el jurista pueden y deben ser causa de un tipo único de incapacitación, en cuanto se entiende por imbeciles y locos necesitan de la misma clase de protección jurídica”.

⁴¹ Vid. Florencio Gracia Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, 1852), 1:267, quien apuntaba: “se han adoptado en este Código las palabras “loco o demente” para uniformar el lenguaje con el número 1, artículo 8 del Código Penal: por loco se entiende el furioso; por demente, el imbécil o “desmemoriado”, como le llama la citada ley de Partida”.

⁴² Vid. *Codice Civile del Regno d’Italia* (Turín: Ed. Bocca, 1922), 95.

⁴³ Vid. Luis Sanojo, *Instituciones de Derecho Civil venezolano* (Caracas: Imprenta Nacional, 1873), 1:303.

⁴⁴ María Candelaria Domínguez Guillén, “Protección jurídica de los impedidos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* 121 (2001): 14; cfr. Domínguez Guillén, “La derogatoria de la inhabilitación legal”, 228; Romero Coloma, *Capacidad...*, 11, comenta que con la reforma del Código Civil español a través de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, se suprimió del artículo 1263.2 “los términos “locos” o “dementes” y “sordomudo”, por “incapacitado”.

Todos los temas relacionados con la discapacidad despiertan, de entrada, una cierta perplejidad, motivada por una aparente dificultada terminológica. Tal parece que nadie se atreva a poner nombre a las cuestiones que aborda y, mucho menos, a las personas y a las dificultades con las que éstas se enfrentan. Términos que con frecuencia sonaban desconsiderados, incluso, ofensivos, han sido desterrados: “Ya no hay ciegos ni sordos ni cojos, y menos aún tontos, minusválidos, incapaces o deficientes; únicamente y todos: discapacitados”⁴⁵.

Como corolario, esta área del conocimiento se encuentra en constante evolución y por ello surgen nuevas tesis que persiguen posicionar una terminología que se adecue con mayor precisión a lo que se desea expresar, manteniendo siempre como guía el empleo de un léxico que sea acorde con la dignidad humana. Por ello sostiene Fernández de Buján:

En relación con aquellas personas que sufren una discapacidad psíquica, sin entrar en la discapacidad de tipo físico o sensorial, cabe subrayar que la terminología empleada para referirse a las mismas ha sufrido un profundo cambio, que ha tendido a la dignificación del nombre con que se las designa y así, desde la utilización de vocablos como anormales, subnormales, deficientes mentales o minusválidos psíquicos, se ha llegado a la actual denominación de discapacitados psíquicos. Se ha producido asimismo una evolución tanto en la clasificación científica de los distintos tipos de discapacidades, como en el tratamiento y la ayuda requerida por las personas que se encuentran en estas situaciones⁴⁶.

Entonces, como se indicó en otra oportunidad:

... se busca usar un lenguaje inclusivo que permita desde el discurso superar ciertas barreras actitudinales, que son verdaderos obstáculos para que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente y de forma directa sus derechos. Sin embargo, también se debe estar consciente de que el lenguaje por sí solo no representa una meta a alcanzar, sino, por el contrario, significa una herramienta para conseguir los objetivos superiores del mayor integración, respeto a la dignidad humana y ejercicio directo de los derechos⁴⁷.

⁴⁵ Carlos Marín, “La discapacidad intelectual en el marco de la dependencia”, *Revista Down* no. 35 (2007): 27, <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/43>. *Vid.* Leonardo B. Pérez Gallardo, “La aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* no. 10-III (2018): 870 y ss.

⁴⁶ Fernández de Buján, “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, 57.

⁴⁷ Varela Cáceres, *Lecciones...*, 620-621.

VIII. Conclusiones

Desde diferentes latitudes nos han llegado noticias de cambios significativos en materia de capacidad, ello no hace más que ratificar la importancia de tener muy claro algunos conceptos que con independencias de las prospectivas en esta materia se mantienen sólidos a esos avatares y al mismo tiempo nos comprometen -en un futuro cercano- a examinar esas tendencias a los fines de su posible inclusión en el Derecho patrio cuando se resuelva avanzar en una reforma de nuestro envejecido Derecho Civil.

Por ahora se pudo reflexionar sobre algunos tópicos básicos que en conjunto permiten la construcción de lo que la doctrina ha denominado sutilmente como “teoría general de la capacidad”, así se bosquejó un concepto de capacidad para el Derecho, los diferentes tipos de capacidad, los principios sectoriales, los supuestos que modifican la capacidad de ejercicio, la distinción entre capacidad natural y legal, cerrando con un asunto delicado como lo es el aspecto terminológico que en este campo, en contraste, se encuentra en constante variación.

En síntesis, las ideas que se incluyen dentro de la teoría general de la capacidad, aunque tienen antecedentes en el Derecho decimonónico, hoy en día mantienen su utilidad para la comprensión de la institución y por ello su estudio es capital, lo cual en todo caso no desdice de que existen muchos aspectos operativos o prácticos que si se han visto transformados sustancialmente, pero sobre ellos conversaremos en otra oportunidad.

Normas Editoriales de Derecho y Sociedad

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con el Código de Ética de Derecho y Sociedad.
2. Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico derechoysociedad@uma.edu.ve.
3. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sintetizen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
4. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
5. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones. (Ver anexos “A” y “B”).
6. El trabajo debe tener una extensión mínima de 5.000 palabras y máxima de 35.000.
7. Estará prohibido en el texto resaltar en negritas, cursiva, y/o subrayado. Solo estará permitido, cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
8. Tipo y tamaño de letra:
 - a. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - b. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.

9. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
10. Alineación del texto:
 - a. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - b. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - c. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).
11. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:
 - a. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - b. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en: https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - c. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - d. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Las notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

III. Arbitraje doble ciego

1. Los trabajos presentados para publicación en Derecho y Sociedad serán sometidos a arbitraje doble ciego, basándose en los criterios aquí establecidos y en el Código de Ética de la revista.

ISSN 1317-2778



9 771317 277003